Die Tragweite der Formvorschrift für Verpflichtungen zu Grundstücksübereignungen
(§ 313 B.G.B.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Hans Kuthe
Referendar.

Breslau.
Graß, Barth & Comp. (W. Friedrich)
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor **Dr. Schott.**
Korreferent: Geh. J.-R. Professor **Dr. Fischer.**

Meinen lieben Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Kapitel 1.

§ 1. Einleitung.

Unser bürgerliches Recht hat im allgemeinen für die Schuldverhältnisse die Formlosigkeit der Verträge zum Grundprinzip erhoben[1]).

Dieses Prinzip kann durch Parteiwillen durchbrochen werden, indem es den Parteien freisteht, ein für sie wichtiges Rechtsgeschäft an eine Form zu binden; andererseits werden aber auch vom Gesetz Ausnahmen von dieser Formfreiheit festgesetzt[2]).

Das Gesetz kennt als strengere Vertragsformen:

1. die gewöhnliche Schriftform,
2. öffentliche Beglaubigung,
3. gerichtliche oder notarielle Beurkundung,
4. Abschluß vor Gericht, Notar oder anderen Behörden.

Eine der wichtigsten Durchbrechungen dieses Prinzips der Formfreiheit haben wir in dem von den Verpflichtungen zu Grundstücksübereignungen handelnden § 313 BGB., welcher lautet:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."

---

[1]) Anders im Sachen-, Familien- und Erbrecht, wo die Verträge durchweg an eine Form gebunden sind.

[2]) Tochtermann S. 1.

§ 2. Geschichtliche Entwickelung seit dem Inkrafttreten des ALR. und Ursache der Formvorschrift (ratio legis).

Im ALR. bedurften Verträge, welche Grundstücksübertragungen zum Gegenstande hatten, zu ihrer Gültigkeit gerichtlicher oder notarieller Errichtung[3]). Durch das Gesetz vom 23. April 1821 — GS. S. 43 — wurde dies allerdings aufgehoben und die Vorlegung schriftlicher Verträge wurde zur Eintragung ins Hypothekenbuch für ausreichend erklärt, falls die Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt waren. Nach dem code civile, also im linksrheinischen Preußen, genügte bloße Schriftlichkeit der Verträge. Für das gemeine Recht läßt sich ein Grundprinzip nicht aufstellen, da „das Bild des gemeinrechtlichen Gebiets bunt genug war"[4]). Schriftliche Form war erforderlich im Gebiet des ALR., des C. c., in Sachsen und Württemberg[5]); in Hannover verlangte man Errichtung vor Gericht oder Notar und Zeugen[6]); in Kurhessen war der obligatorische Immobilienvertrag nicht eher verbindlich, als bis er bei Gericht angezeigt und bestätigt war[7]). Das bayrische Notariatsgesetz vom 10. November 1861 verlangte notariellen Verbriefungszwang und versagte die Mitwirkung der Gerichte[8]).

So zerrissen war die Lage im jungen Deutschen Reiche, als man an die Schaffung eines einheitlichen BGB. ging.

Da die qualifizierte Form am weitesten verbreitet war, so entschloß man sich bereits im ersten Entwurf des BGB. zu

---

[3]) Corp. iur. Frid. III, 7 § 44 „Wenn jedoch ein Kontrakt ein unbewegliches Grundstück betrifft . . . so muß der Kontrakt und das Instrument hierüber allemal vor Gerichten oder einem notario errichtet werden." cf. auch ALR. I, 10 § 17 ff; Dernburg, Preuß. Privatr. I S. 201.

[4]) Verhandlungen des 26. Juristentages II S. 107.

[5]) ALR. I, 5 § 135, I, 10 § 15 ff., I, 11 § 75; Sächs. BGB. §§ 822, 824; Württemberg. Gesetz vom 23. 6. 1853 Art. 1; Seuff. Arch. 22 Nr. 204.

[6]) Gesetz vom 16. 12. 1843; Seuff. Arch. 25 Nr. 228.

[7]) Seuff. Arch. 13 Nr. 217 u. 22 Nr. 127.

[8]) Seuff. Arch. 34 Nr. 278.

dieser, zumal auch die sozialen Gründe eine solche sehr wünschenswert erscheinen ließen. Diese waren hauptsächlich folgende:

Da der Grundbesitz trotz des Emporblühens der Industrie immer noch den wichtigsten Bestandteil des nationalen Vermögens eines Staates darstellt, da er „die natürliche Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung bildet“[9]), da bei der Veräußerung und dem Erwerbe von Grundeigentum wegen der damit zusammenhängenden Rechtsverhältnisse eine besondere Vorsicht geboten ist, da endlich die Landbevölkerung den größten und besten Teil der Wehrmacht eines Staates darstellt, und wir gerade in unseren Tagen an zahlreichen, wirtschaftlichen Erscheinungen kennen gelernt haben, welch außerordentliche Bedeutung einem bodenständigen, mit zäher Treue zur ererbten Scholle haltenden Bauern- und Landarbeiterstande zukommt, so muß dem Staate daran gelegen sein, sich diesen Bauern- und Landarbeiterstand zu erhalten. Dies erreicht er am besten durch eine Erschwerung der Form der Eigentumsübertragung an Grundstücken. Die Form soll die Kontrahenten daran gemahnen, einen solchen Vertrag nicht zu übereilen. „Erfahrungsgemäß“, sagt Staudinger, „werden diese Verträge meist mündlich unter der Einwirkung geistiger Getränke geschlossen werden“[10]). Die Form bildet also hier insofern einen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren, indem die Bauern, denen die größten Gefahren für ihren Grundbesitz im Güterschlachten und Parzellieren drohen, vor Übereilung bei Eingehung leichtsinniger Verträge gehindert werden sollen. Ferner soll durch die strengere Vertragsform den Parteien ein erleichterter Beweis gesichert werden über die beideseitigen Abmachungen, und auf diese Weise Prozesse vermieden werden, die lange Jahre dauern und möglicherweise ergebnislos verlaufen würden; denn es würden bei bloß mündlichem Vertragsschlusse zu viele Irrtümer vorkommen, indem eine Partei

---

[9]) Mot. I S. 374.

[10]) Staudinger Anm. I, 1 zu § 313 BGB.

die andere mißversteht — bei unangenehmen Bedingungen vielleicht absichtlich — oder gewisse Abreden gänzlich überhört. Es soll somit durch die qualifizierte Form eine größere Sicherheit für Vollständigkeit und Richtigkeit geboten werden.

War also nun hier einmal eine Durchbrechung des Grundprinzips der Formfreiheit beschlossen, so fragte es sich nun, ob man sich mit einfacher Schriftform begnügen könne oder die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreiben solle. Die früheren Erfahrungen hatten gezeigt, daß der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck durch die einfache Schriftform, wie sie das preußische Recht nach 1821 hatte, nicht erreicht wurde. Die Protokolle führen diese Erfahrungen aus, indem sie sagen: Da wo die Schriftform schon bestanden habe, wäre ein ausreichender Schutz gegen Übereilung doch nicht vorhanden gewesen; Tinte und Feder seien leicht zur Hand, die bloße Unterschrift des Bauern genüge ja zur Vollendung des schriftlichen Vertrages, den der Güterhändler meist schon fertig in der Tasche mitgebracht habe, oder den er auch in Eile herstelle[11]).

Man kam demgemäß zu einer Ablehnung der bloßen Schriftlichkeit und Annahme der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Hatte sich nun im Laufe des 19. Jahrhunderts die öffentliche Meinung der Juristen für die Formlosigkeit der Verträge entschlossen, so gab es einige, die sofort ins Extrem verfielen. Kaum war daher das BGB. in Kraft getreten, als namentlich die rheinischen Juristen[12]) einen erbitterten Kampf gegen die wenigen Formvorschriften des BGB. eröffneten, besonders gegen die des § 313. Sogar der deutsche Juristentag mußte sich mit der Frage beschäftigen, ob nicht eine Abänderung des § 313 BGB. am Platze wäre. Es bildeten sich drei Parteien, von denen die eine Beibehaltung der Form, die zweite gänzliche Formfreiheit, die dritte die bloße Schriftlichkeit verlangte.

Ein weiteres Eingehen auf diese Frage gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, da sie zu weit führen würde; ich be-

---

[11]) Prot. S. 461.

[12]) Gutbrod S. 3.

schränke mich daher auf die Angabe, daß bei Abstimmung über den Antrag der Abänderung des § 313 BGB. die Mehrzahl der Teilnehmer des 28. Juristentages den Antrag ablehnte; auch die Mehrzahl der Notare sprach sich für die Beibehaltung der Formvorschrift aus.

Kapitel 2.

I. Voraussetzungen des § 313 B. G. B.

Ich komme nunmehr zu dem eigentlichen Thema der Arbeit und will zunächst untersuchen, unter welchen Voraussetzungen § 313 BGB. Anwendung findet.

§ 3. Vertrag.

Wesentliche Voraussetzung für die Anwendung der Formvorschrift des § 313 BGB. ist das Vorliegen eines außerprozessualen Vertrages. Die in einem Prozesse vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind von vornherein von dieser Vorschrift ausgenommen; denn die Beurkundung eines gerichtlichen Vergleichs ist ein Akt des Prozeßgerichts, niemals aber ein solcher der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hieraus folgt, daß die Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze über die im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bewirkende Beurkundung der Rechtsgeschäfte — und hierunter fällt auch § 313 BGB. — bei der Frage, in welcher Weise das Prozeßgericht einen gerichtlichen Vergleich zu beurkunden habe, in keiner Weise in Betracht kommen können. Da außerdem ein nach den Vorschriften der ZPO. beurkundeter Vergleich die Wirkungen eines vollstreckbaren Urteils hat (§ 794 ZPO.), so ergibt sich hieraus die Folge, „daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Form gewisser Verträge den gerichtlichen Vergleich nicht berühren“[13]). Der Gesetzgeber hat also durch seine Ausdrucksweise die Anwendung der Formvorschrift einmal auf einseitige

---

[13]) RG. 48 S. 187, OLG. II S. 51, 213, Staudinger § 313 Anm. 3 d, Recht 1903 S. 357, Oberneck I S. 386, Dernburg II S. 191 Anm. 11.

Rechtsgeschäfte und ferner auf gesetzliche Verpflichtungen vermeiden wollen.

Diejenigen Fälle also, in denen die Verpflichtung auf dem Willen nur einer Person beruhen würde, unterliegen daher nicht der Formvorschrift. Hier wären zu nennen: Auslobung, Stiftung, Schuldverschreibung auf den Inhaber und das Vermächtnis. Ferner sind hier diejenigen Rechtsgeschäfte zu beachten, die mit Bezug auf Verträge vorgenommen werden, durch welche diese überhaupt erst wirksam werden. Z. B. der minderjährige X. schließt mit dem die Minderjährigkeit des X. kennenden Y. einen Kaufvertrag über das dem Y. gehörige Grundstück. Dieser Vertrag ist natürlich notariell zu beurkunden. Nun frägt es sich, welcher Form bedarf die Zustimmung — sei es Einwilligung, sei es Genehmigung — des gesetzlichen Vertreters — abgesehen davon, daß dieser, falls er ein Vormund ist, wiederum die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1821 BGB. beizubringen hat. —

Die Zustimmung ist nach § 182 Abs. 2 BGB. nicht an eine bestimmte Form gebunden, insbesondere nicht an die, welche für das Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist. Sie unterliegt aber als eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung der Form des § 29 GBO.[14]). Mithin ist hier auch die Vorschrift dieses Paragraphen zu beachten. Danach soll der Grundbuchbeamte darauf halten, daß die Zustimmung vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Es ist somit ins Belieben des Richters gestellt, ob er die Zustimmung notariell beglaubigt oder bloß schriftlich dargetan haben will. In Anbetracht der Umstände, daß die Zustimmung jedoch kein Vertrag ist und § 29 GBO. nur eine Ordnungsvorschrift enthält, möchte ich die bloße Schriftlichkeit für ausreichend ansehen[15]). Die Bestätigung, die auch hierher gehört, bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form (§ 144 Abs. 2 BGB.); denn sie ist kein

[14]) cf. Güthe I S. 601 Ziff. 13.

[15]) Turnau-Förster I S. 320, Oberneck S. 383.

Teil des Geschäftsabschlusses, sondern eine Entscheidung dahin, daß der Anfechtungsberechtigte nicht anfechten will, mithin ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht[16]).

Zu nennen ist hier auch die Wandelung, zumal deren Rechtsnatur streitig. ist Die Meinungen bezüglich der Wandelung sind geteilt[17]). Während eine Mehrheit von Schriftstellern[18]) die Wandelung als einen Vertragsabschluß zwischen dem Käufer und Verkäufer betrachten, sagt eine Minderheit[19]), daß die Wandelung ein Anspruch des Käufers auf Rückerstattung des Kaufgeldes gegen Rückgabe der Kaufsache ist. Auf die Streitfrage näher einzugehen, liegt hier kein Anlaß vor. Ebenso wie die Natur der Wandelung streitig ist, ist es auch die Frage, ob die Wandelung eines Grundstückskaufs der Form des § 313 BGB. bedarf oder nicht. Oertmann[20]) hält es für baren Widersinn, diese Frage zu bejahen, während Cosack[21]) sich für die Bejahung ausspricht, „weil sie durch den Wortlaut des Gesetzes geboten wird und insofern einigen Sinn hat, als sie den Käufer bei der Wahl zwischen Wandelung und Preisminderung vor Übereilung behütet". Die herrschende Meinung, der auch ich mich anschließe, ist heute jedoch die, daß die Wandelung nicht dem Formzwange des § 313 BGB. unterliegt[22]).

Es ist hier noch ein der Wandelung sehr ähnliches Rechtsinstitut zu erwähnen, nämlich der Rücktritt. Das Gesetz selbst

---

[16]) Enneccerus I, 1 S. 484, Staudinger I § 144 Anm. 2.

[17]) Das RG. hat zu dieser Frage keine Stellung genommen und verwahrt sich in einer Entscheidung im 61. Bande S. 74/75 entschieden dagegen, daß es den Streit zugunsten der Vertragstheorie habe entscheiden wollen.

[18]) Endemann II § 161 Anm. 37, Flechtheim bei Gruch. 44 S. 65, Oertmann i., Recht 1908 S. 4, Cosack I S. 519 u. a. m.

[19]) Eccius bei Gruch. 43 S. 305, Haymann ebenda 46 S. 509, Thiele, Arch. f. ziv. P.r 93 S. 387, Biermann ebenda 95 S. 315, Langheineken, Anspr. S. 215.

[20]) § 313 BGB. Anm. 2 d.

[21]) Cosack I S. 377.

[22]) Güthe, GBO. II S. 1618, Gutbrod, S. 46, Staudinger § 465 Anm. III, 1 c., ebenso Obernek S. 387.

bestimmt in § 349 BGB.: „Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile“ und läßt dabei offen, in welcher Form die Erklärung zu erfolgen hat. Zur Unterstützung für die Formlosigkeit ist anzuführen, daß der Rücktritt kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft ist; die qualifizierte Form ist also nicht notwendig. Schließen jedoch die Parteien einen besonderen Rücktrittsvertrag, so bedarf dieser der Form des § 313 BGB., da ja hier ein Vertrag vorliegt, der die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstand hat. Die Voraussetzungen des § 313 BGB. sind also gegeben.

Ferner will das Gesetz auch bei gesetzlichen Verpflichtungen von der Formvorschrift absehen. In Betracht kämen hierbei die gesetzliche Verpflichtung eines Erben, einem Vermächtnisnehmer das als Vermächtnis gegebene Grundstück herauszugeben. Da § 1939 BGB. zur Errichtung von Vermächtnissen die Formen der letztwilligen Verfügungen genügen läßt, so braucht eine notarielle Beurkundung nicht stattzufinden, um die Erfüllung der Verpflichtung eventuell erzwingen zu können.

Zu behandeln ist hier auch die Frage, ob der Teilungsplan eines Testamentsvollstreckers der Form des § 313 BGB. genügen muß, wenn sich in dem Nachlaß ein Grundstück befindet und der Testamentsvollstrecker dieses einem Erben zum Alleineigentum anweist oder eine — reelle oder ideelle — Teilung unter den Erben vorsieht. Das Gesetz weist dem Testamentsvollstrecker das Recht wie die Pflicht zu, bei Vorhandensein mehrerer Erben den Nachlaß auseinanderzusetzen. Hinsichtlich der Auseinandersetzung ist der Testamentsvollstrecker an die gesetzlichen Vorschriften und Anordnungen des Erblassers gebunden. Er hat vor der Durchführung derselben, d. h. der Auseinandersetzung als Liquidation des gesamten Nachlasses, einen Auseinandersetzungsplan aufzustellen. Nach § 2204 Abs. 2 BGB. ist der Testamentsvollstrecker bei Vermeidung von Schadensersatzansprüchen seitens der Miterben gegen ihn (§ 2219 BGB.) verpflichtet, diesen den Plan vorzulegen und ihnen Gelegenheit zur Äußerung darüber

zu geben. Planck meint, daß die Erben durch die vom Testamentsvollstrecker festgesetzte Auseinandersetzung ebenso gebunden sind, wie wenn sie dieselbe vereinbart hätten. „Überweist der Testamentsvollstrecker also einem Erben ein Nachlaßgrundstück, so bedarf es zur Eintragung des Eigentums der Auflassung. Der Erbe ist verpflichtet, diese Auflassung vorzunehmen"[23]). Diesem Standpunkte schließe ich mich an. Besteht nun aber eine solche Verpflichtung, so folgt daraus, daß der vom Testamentsvollstrecker aufgestellte Auseinandersetzungsplan ein einseitig obligatorisches Rechtsgeschäft ist, welches die Miterben bindet[24]). Daher kann also die Formvorschrift des § 313 BGB. hier keine Anwendung finden, wenn der Testamentsvollstrecker einem Miterben gemäß den Anordnungen des Erblassers oder den gesetzlichen Vorschriften den Anspruch auf den Erwerb eines Nachlaßgrundstückes zuteilt. Ermächtigt der Erblasser den Testamentsvollstrecker, die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen durchzuführen, so braucht er die gesetzlichen Teilungsregeln nicht zu beachten. Aber auch hier ist die Teilungsanordnung ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches für die Miterben obligatorische Wirkung hat und deshalb braucht § 313 BGB. nicht angewendet zu werden[25]).

§ 313 sagt „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet . . .", meint also damit den ganzen Vertrag und nicht bloß den einzelnen auf die Übertragung des Eigentums gerichteten Teil des Vertrages[26]). Es müssen daher alle die Vereinbarungen beurkundet werden, „aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll[27]), d. h. die wesentlichen Bestandteile eines

---

[23]) Planck § 2204 Anm. 6.

[24]) Kreß, Erbengemeinschaft S. 254.

[25]) Gutbrod S. 90/91.

[26]) Staudinger § 313 C.

[27]) RG. 51 S. 179, Seuff. Arch. 58 S. 7, OLG. IV S. 207/8; ferner RG. Entsch. des v. Zivilsenats vom 3. Juni 1911, Akt. Z. 487/10, JW. 11 S. 580 Nr. 20.

Vertrages. Das Fehlen eines solchen in der Beurkundung, z. B. falsche Größenangabe des Grundstücks, wenn eine bestimmte Größe zugesichert wurde[28]), unrichtige Angabe der Gegenleistung oder gänzliche Weglassung derselben, unrichtige Angabe über Verrechnung des Kaufpreises, ungenügende Bestimmtheit des verkauften Trennstückes usw., machen den Vertrag trotz der Beurkundung gemäß § 139 BGB. nichtig[29]). Im Zweifel sind eben die gesamten Bestimmungen eines Vertrages als zusammengehöriges Ganze zu betrachten und der Richter kann bei der Auslegung des Vertrages auch die nicht mit beurkundeten Vereinbarungen mit berücksichtigen.

Im Anschlusse hieran ist auch noch die Anfechtung zu behandeln. Das Gesetz sagt bloß im § 143 Abs. 1 BGB.: „Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.“ Da aber durch die Anfechtung kein Eigentum übertragen wird, so kann m. E. die Anfechtung eines notariellen Grundstücksübertragungsvertrages formlos geschehen mit der Wirkung, die notarielle Urkunde nichtig zu machen. Der Anfechtende erhält zwar keinen Anspruch auf Rückgewähr; sondern es fehlt nunmehr an einer causa für das Leistungsgeschäft und diejenige Partei, die auf Grund des angefochtenen Rechtsgeschäfts etwas erhalten hat, kann dies mittelst der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen.

§ 4. **Verpflichtung.**

Aus dem Wortlaut des § 313 BGB. und aus seiner Stellung im System, nämlich im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse, folgt ferner, daß Gegenstand des Paragraphen nur der Vertrag ist, durch den sich der eine vertragschließende Teil zur Eigentumsübertragung an einem Grundstücke v e r p f l i c h t e t und durch welchen nur Gebundenheit zwischen den Parteien eintritt. Es ist also lediglich der obligatorische Veräußerungsvertrag, das Kausalgeschäft, nicht der Grundübereignungsakt an diese Formvorschrift gebunden. „Im Gegen-

---

[28]) RG. 60 S. 339, 65 S. 393.

[32]) Planck II S. 125, Oertmann S. 137.

satz zu einem Teil ihrer Vorgängerinnen", sagt Oertmann[30]), „erstreckt sich diese Formvorschrift nicht auf alle Geschäfte über Grundstücke, sondern nur gerade auf den auf Eigentumsübertragung gerichteten Verpflichtungsvertrag". Der Gläubiger wird also durch den Vertragsschluß nicht Grundstückseigentümer, sondern er erwirbt nur einen Anspruch auf Grundstücksübereignung, den er mit einer Klage geltend machen kann[31]).

Auf den dinglichen Vertrag finden die §§ 873 und 925 BGB. Anwendung. Bei dem formpflichtigen Vertrage des § 313 verpflichten sich die Parteien also lediglich, bei dem Eigentumsübergange in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise mitzuwirken[32]).

§ 5. Eigentum.

Nach § 313 BGB. soll ferner nur der Vertrag einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen, in dem sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen. Den Begriff des Eigentums hat das BGB. im § 903 näher bestimmt und dieser soll daher hier nicht auseinandergesetzt werden. Das Eigentum ist hier dem Miteigentum (pro partibus indivisis) völlig gleichgestellt. Es ist daher vollkommen gleichgültig, ob jemand das gesamte Eigentum an einem Grundstück überträgt, oder ob der Eigentümer einem Dritten Miteigentum an dem Grundstück verschafft, oder ob ein Miteigentümer seinen Anteil an einen anderen Miteigentümer oder einen Dritten veräußert oder schließlich, ob alle Miteigentümer ihre Quoten an einen einzelnen veräußern, so daß das Gesamteigentum in der Hand eines Miteigentümers bezw. eines Dritten vereinigt wird: Immer muß bei Vermeidung der Ungültigkeit eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung stattfinden[33]).

Ein Vertrag bezüglich eines anderen dinglichen Rechtes an einem Grundstücke, sei es Begründung, Übertragung oder

---

[30]) Oertmann S. 165.
[31]) Turnau-Förster I § 873 S. 88; Gutbrod S. 34.
[32]) Planck II S. 125, Oertmnan S. 137.
[33]) Gutbrod S. 57.

Belastung desselben, fällt also nicht hierunter[34]). Auch Werkverdingungsverträge über Grundstücke, z. B. Geschäfte der Bauhandwerker oder Bauunternehmer sind formlos gültig[35]).

Als der § 351 des I. Entwurfs des BGB. — unser jetziger § 313 — in der Kommission beraten wurde, beantragten einige Kommissionsmitglieder, daß auch für die Verträge, welche sich auf Begründung, Übertragung oder Belastung eines anderen Rechts an einem Grundstücke bezögen, die qualifizierte Form vorgeschrieben werden solle — Antrag 5[36]) — oder daß wenigstens die Schriftlichkeit dieser Verträge verlangt werden solle — Unterantrag 5 a, b[37]) —. Diese Anträge wurden damit gerechtfertigt, daß die hier in Betracht kommenden Rechte „dem Eigentumsrechte sehr nahe ständen und die Konsequenz die Ausdehnung der Formvorschrift auf sie erfordere[38]). Während aber der Antrag 5 auch hier an der strengen Formvorschrift festhalten wollte, schlugen die Unteranträge 5 a und 5 b mit Rücksicht darauf, daß die Ausdehnung der gerichtlichen oder notariellen Form auf alle Arten dieser Verträge schwer durchführbar sein werde, einen Mittelweg vor: nämlich für diese Fälle die einfache Schriftlichkeit der Verträge gelten zu lassen. Alle drei Anträge wurden jedoch mit der Begründung abgelehnt, daß hier eine Formalisierung nicht am Platze wäre, da das Formerfordernis des dinglichen Vertrages für diese Fälle vollauf genüge und „die strengere Form vielfach zur Erschwerung und Benachteiligung des Verfahrens führen müßte"[39]).

---

[34]) Das RG. hat in mehrfachen Entscheidungen sich dahin ausgesprochen, daß § 313 auf den Fall der vertragsmäßigen Verpflichtung der Begründung, Übertragung oder Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke nicht zu beziehen sei. RG. 48 S. 133, 50 S. 77 u. RG. in Seuff. Arch. 59 S. 326, Staudinger § 313 Anm. 2.

[35]) Staub § 350 Anm. 17, Tochtermann S. 10.

[36]) Prot. S. 922.

[37]) Prot. S. 922.

[38]) Prot. S. 931/32.

[39]) Prot. S. 931/32.

Aber wie keine Regel ohne Ausnahme ist, so auch hier; und zwar bestimmt das Gesetz selbst diese Ausnahme zugunsten des Erbbaurechts. § 1017 BGB. lautet:

„Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.

Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung."

Für die Übertragung eines schon bestehenden Erbbaurechts kommt also § 313 BGB. ohne Zweifel zur Anwendung. Dagegen kann man aus der Vorschrift nicht ohne weiteres folgern, daß auch für die Begründung eines neuen Erbbaurechts die gerichtliche oder notarielle Form nötig ist. Cosack sagt: „Die Begründung eines Erbbaurechts erfolgt regelmäßig durch Abschluß eines dinglichen Vertrages zwischen dem Besteller und dem Erwerber des Erbbaurechts"[40]). Indessen ist die Meinung in der Literatur geteilt[41]). Obgleich nun Staudinger sagt, daß Formvorschriften nicht analog ausgedehnt werden sollen, — vermutlich, weil man dadurch zu leicht in Formalismus verfällt, — möchte ich mich doch für die Ausdehnung der Formvorschrift auch für die Begründung des Erbbaurechts entscheiden. Denn für den Besteller ist das Erbbaurecht von außerordentlicher Wichtigkeit, da sein Eigentumsrecht am Grundstück durch eine derartige Belastung sehr eingeschränkt wird, ja zu einer nuda proprietas herabsinkt. Sein Grundstück wird für ihn im gewissen Sinne wertlos. Wenn nun, wie oben ausgeführt, die Formvorschrift hauptsächlich zum Schutze der Grundstückseigentümer geschaffen worden ist, so geht man m. E. nicht zu weit, wenn man die Vorschrift auch auf die Begründung des Erbbaurechts ausdehnt, indem man sie hier als Schutzvorschrift gegen Wertlosmachung eines Grundstückes bestehen läßt.

---

[40]) Cosack II S. 178.

[41]) Planck II S. 126, Goldmann-Lilienthal I S. 363; a. M. Oertmann, Staudinger. Schollmeyer, Güthe § 20 Anm. 24, Gutbrod S. 57.

Gemäß Art. 63 des EGzBGB. gilt das über das Erbbaurecht Gesagte auch für das Erbpachtrecht mit Einschluß des Bündnerrechts und des Häuslerrechts und gemäß Art. 68 EGzBGB. auch für die Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals, soweit diese Rechte landesrechtlich aufrecht erhalten sind.

Art. 196 EGzBGB. bestimmt endlich noch, daß die an einem Grundstück bestehenden vererblichen und übertragbaren Nutzungsrechte durch landesgesetzliche Bestimmung den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke unterworfen werden können. Art. 40 des preußischen AGzBGB. hat hiervon bezüglich der Apothekerprivilegien, Schiffsmühlengerechtigkeiten, Fuhrgerechtigkeiten u. a. m. Gebrauch gemacht[42]).

Nun braucht die Eigentumsübertragung aber nicht der einzige, nicht einmal der Hauptinhalt des Vertrages zu sein. Häufig genug wird es vorkommen, daß die Parteien zu einem der Form bedürftigen Rechtsgeschäfte noch weitere Abreden, die entweder „wesentlicher Natur" oder aber „Nebenabreden" sein können, treffen und hierfür die Form nicht wahren. Dabei ist zu beachten, daß auch das Nichtbeurkundete gewollt und für die Auslegung des ganzen Geschäfts wichtig sein kann. Die Wirksamkeit richtet sich nach den §§ 139, 154 und 157 BGB.

Daraus folgt:

1. Wo das Gesetz, im Zweifel auch ein Rechtsgeschäft, die Innehaltung einer bestimmten Form vorschreibt, sind alle Punkte des Rechtsgeschäfts dieser Form unterworfen, auch die Nebenabreden. Ist für einen Punkt dagegen verstoßen, so besteht über diesen kein wirksames Rechtsgeschäft[43]).

2. Ob die formgerecht vereinbarten Punkte ein wirksames Rechtsgeschäft darstellen, hängt davon ab, ob der Vertrag auch über das formgerecht Vereinbarte allein geschlossen sein würde.

---

[42]) cf. Stranz-Gerhard, Das preuß. AGzBGB. S. 248/49.

[43]) Recht 02 S. 334, Seuff. Arch. 58 Nr. 3, RG. 71 S. 181.

Zu demselben Ergebnis kommt man auch unter Berücksichtigung von § 139 BGB., wonach das ganze „Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde". Die Formvorschrift geht hier sogar so weit, daß, wenn in einem Vertrage, dessen Hauptinhalt irgend ein nicht formbedürftiges Rechtsgeschäft ist, eine Eigentumsübertragung an einem Grundstücke mit aufgenommen ist, der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß. Es kommt dabei jedoch auf den inneren rechtlichen Zusammenhang der Vertragsteile an. Vereinbarungen, welche nicht die Pflicht zur Eigentumsübertragung oder ihre Gegenleistungen betreffen, d. h. die nicht als Bestandteile des auf die Eigentumsübertragung gerichteten Veräußerungsgeschäfts aufzufassen sind, fallen nicht unter den § 313 BGB.[44]).

§ 6. Grundstücke.

Nach § 313 BGB. bilden Grundstücke den Gegenstand der Eigentumsübertragung. Das BGB. hat keine Definition darüber gegeben, was es unter einem Grundstück verstanden wissen will. Ein Grundstück ist ein räumlich begrenzter Teil der Erdoberfläche. Juristisch gehören dazu auch die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen — vorausgesetzt, daß die Verbindung nicht nur vorübergehend sein soll — wie z. B. Gebäude, Bäume, Samen, Pflanzen usw. Nun darf man in der Auslegung der Vorschrift des § 313 BGB. nicht zu enge Grenzen ziehen, andererseits ist aber auch eine Ausdehnung der Auslegung wegen des Ausnahmecharakters des Paragraphen unangebracht[45]). Die Vorschrift findet jedoch auch Anwendung auf den Vertragsabschluß bezüglich des Verkaufes eines Handelsgeschäfts, zu dem ein Grundstück gehört[46]), ebenso auf einen derartigen Werklieferungsvertrag[47]). Fraglich wird ihre Anwendung erst dann, wenn sich der Vertragsabschluß auf

[44]) Staudinger 1912 § 313 Anm. C. S. 242.

[45]) Oertmann S. 165.

[46]) OLG. Posen i. Rspr. 8 S. 436.

[47]) OLG. Dresden vom 17. 6. 1908, DJZ. 09 S. 1154.

einem mit dem Grundstück fest verbundenen Teil, also auf einen Bestandteil, bezieht. Sind die Sachen Bestandteile des Grundstücks, so müssen sie dessen rechtliches Schicksal teilen, d. h. es gibt für sie keinen anderen Eigentümer, und die für Grundstücke aufgestellten Regeln werden auch auf sie ausgedehnt. Anders liegt die Sache, wenn z. B. ein Haus auf Abbruch verkauft wird. Hier ist zu sagen, daß der Käufer ja gar nicht das Grundstück erwirbt, sondern das Material, aus welchem das auf dem Grundstücke stehende Haus besteht. Ihm liegt nur daran, in den Besitz der Ziegeln, der Balken usw. zu kommen, die er dann anderweitig irgendwie verwerten will. Ebenso verhält es sich, wenn ein Holzhändler einen Wald kauft. Auch ihm ist es ja nur darum zu tun, in den Besitz des Holzes zu gelangen, um es seinerseits weiter verkaufen oder verwerten zu können. Das Grundstück als solches wird also von dem Vertrage gar nicht berührt. Es handelt sich hier eben um den Verkauf einer selbständigen, beweglichen Sache. Ob im Augenblicke des Vertragsschlusses die Trennung schon erfolgt ist, ist ganz gleichgültig. Ein ähnlicher Fall ist der, wenn ein Gutsbesitzer, der z. B. Geld braucht, seine Ernte verkauft, und zwar die Körner an den A., das Stroh aber an den B.

Ein notarieller Vertrag muß auch bei Übertragung solcher Grundstücke geschlossen werden, für welche das Grundbuch noch nicht angelegt ist. Denn während der Übergang des Eigentums an Grundstücken nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Vorhandensein eines Grundbuchs zur Voraussetzung hat — der Eigentumsübergang wird durch Auflassung und Eintragung im Grundbuche bewirkt — so läßt sich dies doch von der Bestimmung des § 313 BGB. nicht sagen, zumal es an einer sich auf diesen Paragraphen beziehenden Übergangsvorschrift fehlt[48]).

Befreit von der Formvorschrift sind auch nicht solche Grundstücke, die an sich dem Grundbuchzwang nicht unter-

[48]) RG. 64 S. 35, Seuff. Arch. 66 S. 124, Rspr. OLG. I S. 95, Recht 08 II Ziff. 472.

liegen, z. B. Grundstücke des Reichs- oder Landesfiskus und der Kirchen.

Aus Art. 11 EGzBGB. folgt schließlich noch, daß sich § 313 BGB. nur auf im Gebiete des Deutschen Reiches belegene Grundstücke bezieht. Veräußert also ein Deutscher sein ausländisches Grundstück an einen andern Deutschen, so ist das Geschäft nach den in diesem Lande geltenden Regeln abzuschließen. Ein solches Geschäft ist also auch ohne die Einhaltung der Form des § 313 BGB. gültig[49]).

§ 7. Übertragung.

Schließlich stellt § 313 BGB. noch ein Formerfordernis auf, nämlich die „Übertragung" des Eigentums. Hier stößt uns sofort eine neue Streitfrage auf. Wie steht es mit einem Vertrage, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu erwerben oder dasselbe aufzugeben? Ist derselbe formfrei oder unterliegt er der Vorschrift des § 313 BGB? Bezüglich des Eigentumserwerbs sagt Oberneck[50]), daß es nach dem Wortlaut der Vorschrift zweifelhaft sei, ob sich der gerichtliche oder notarielle Verbriefungszwang nur auf die Verpflichtung, das Eigentum zu übertragen oder auch auf die Verbindlichkeit, dasselbe zu erwerben, beziehe. In der Tat haben dies auch einige Schriftsteller angenommen[51]).

---

[49]) cf. Anhang S. 65.

[50]) Oberneck I S. 384.

[51]) Drost S. 18, Neumann § 313 Anm. 1a, Wünschmann; cf., auch Danz i. Iherings Jahrb. 54 S. 54, wo es heißt: „Wenn es im § 313 BGB heißt, das Eigentum zu übertragen, so muß man unbedingt bei Buchstabeninterpretation den formlosen Abschluß eines pactum de emendo zulassen, weil der Inhalt eines solchen Vertrages nicht auf die Veräußerung eines Grundstücks geht, sondern nur auf die Verpflichtung, später einen Vertrag über die Veräußerung abzuschließen. Sobald man den Zweck dieser Vorschrift, den Grundstücksbesitzer vor übereiltem Weggeben seines Grundstückes zu bewahren, bei ihrer Auslegung berücksichtigt, wie es jede Auslegung gemäß Verkehrsauffassung tut, muß man solchen formlosen Verträgen die Kraft absprechen."

Wie Staudinger richtig ausführt, soll nun nach der ratio legis auch der Erwerber, insbesondere Käufer, geschützt und in seinem Beweise gesichert werden; trotzdem kann der Ansicht, daß sich die Formvorschrift auch hierauf beziehe, nicht beigetreten werden. Formvorschriften sollen schon an und für sich nicht ausgedehnt werden und noch viel weniger eine solche Ausnahmevorschrift wie § 313 BGB sie darstellt. Der klare Wortlaut des Paragraphen schließt die Anwendung auf Verträge, welche nur das Recht auf Abnahme des Grundstücks begründen, aus.

Sehr richtig bemerkt Oberneck hierzu, daß der Abschlùß von Verträgen, durch welche nur der eine Teil zum Erwerbe, der andere aber nicht zur Veräußerung verpflichtet werde, rechtlich möglich sei[52]); denn aus der Annahme, ein Grundstück abzukaufen, folge nicht ohne weiteres die korrespondierende Verpflichtung des anderen Vertragsteils, dasselbe zu verkaufen. Hierher gehört die Verabredung, daß ein Fabrikant das Grundstück seines Nachbarn übernehmen muß, wenn seine Fabrik schädlich auf dieses einwirkt. Verträge also, die eine bloße Abnahmeverpflichtung begründen, ohne die Gegenverpflichtung zur Eigentumsübereignung zu enthalten, sind formfrei. Auch Oertmann ist der Ansicht, daß diese Verträge nicht unter die Formvorschrift des § 313 BGB fallen und meint, daß dies sozial schwerlich für besonders gefährlich zu erachten sei[53]).

Ebenso verhält es sich mit der Aufgabe des Eigentums an einem Grundstücke (§ 928 BGB). Planck[54]) sagt allerdings und nicht nur bezüglich der Verträge, welche die Aufgabe des Eigentums, sondern auch den Erwerb desselben betreffen: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke aufzugeben (§ 928 BGB), würde nach dem Wortlaute der Vorschrift des § 313 Satz 1 BGB nicht unter dieselbe fallen; eine entsprechende Anwendung dürfte indessen

---

52) In der Praxis werden auch solche Angebote notariell gesichert.
53) Oertmann S. 169.
54) Planck II S. 126.

keinem Bedenken unterliegen; praktisch wird eine solche wohl niemals in Frage kommen[55]".

Derselben Ansicht ist hier Gutbrod[56]), welcher ausführt, daß derartige Verträge schon deshalb der Form des § 313 bedürften, weil sie regelmäßig die Person bezeichnet, zu deren Gunsten auf das Eigentum verzichtet wird, implicite also das Versprechen zur Grundübereignung enthielten. Besonders müsse dies auch gelten für Verträge, die mit dem okkupationsberechtigen Fiskus abgeschlossen werden. Zwischen dem Vertrage, durch welchen sich jemand verpflichtet, Eigentum an einen Dritten zu übertragen oder dem Vertrage, durch den sich jemand dem Okkupationsberechitgten verpflichtet, auf das Eigentum zu verzichten, liege nicht vor. Wenn Gutbrod auch hier auf dem Boden des Reichsgerichts steht, so möchte ich mich doch nicht seiner, sondern der Ansicht Obernecks[57]) und Turnau-Försters[58]) anschließen und hier Formfreiheit der Verträge annehmen.

Schließlich ist auch noch ein Vertrag hier zu nennen, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke n i c h t zu übertragen. Ein solcher ist m. E. ebenso zu behandeln wie die eben angeführten; er unterliegt also der Formvorschrift nicht[59]).

Das Reichsgericht legt den § 313 BGB dahin aus, daß dieser Paragraph ganz allgemein die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke voraussetzt. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Übertragung an den anderen vertragschließenden Teil oder an einen Dritten erfolgen soll,

---

[55]) Derselben Ansicht ist Kuhlenbeck, Handkomm. II S. 257.

[56]) Gutbrod S. 59.

[57]) Oberneck I S. 385.

[58]) Verträge mit der Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück aufzugeben, werden kaum vorkommen; jedenfalls fallen sie nicht unter die Ausnahmevorschrift des § 313 BGB. Turnau-Förster I S. 418.

[59]) Recht 05 S. 133.

ferner keinen Unterschied, ob die Person des Erwerbers bereits bekannt oder bestimmt ist, oder ob diese erst noch von dem anderen Teil ermittelt oder bestimmt werden soll, und ob zunächst nur der andere Teil oder gemäß § 328 BGB auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Erfüllung des Vertrages zu fordern[60]). Solche Verträge können in doppelter Weise abgeschlossen werden. Entweder werden die Vertragsbestimmungen derartig bis ins einzelne festgesetzt, daß der Dritte in den Vertrag eintritt, ohne selbst einen neuen Vertrag zu schließen, — in diesen Fällen wird eine Klausel in den Vertrag aufgenommen, wonach der Gläubiger berechtigt ist, an seiner Stelle einen anderen in den Vertrag eintreten zu lassen, — oder der Veräußerer verpflichtet sich nur allgemein, sein Grundstück an eine vom Gegenkontrahenten darzubringende dritte Person zu veräußern. Beide Arten Verträge werden häufig mit Grundstücksmaklern abgeschlossen.

Ferner ist hier noch der Fall zu behandeln, daß jemand sich verpflichtet, einem andern das Eigentum eines fremden Grundstückes zu verschaffen. Um die Frage der Anwendung der Formvorschrift beantworten zu können, ist dabei zu unterscheiden, ob der sich Verpflichtende durch die Verpflichtung habe zum Ausdruck bringen wollen, sich selbst erst das Eigentum an dem Grundstück des Dritten zu verschaffen und es dann als Eigentümer dem Gegenkontrahenten zu übertragen, oder ob seine Verpflichtung dahin aufzufassen ist, daß er auf den Dritten in der Weise einwirken solle, daß dieser sich bereit finde, seinerseits einen Kaufvertrag über sein Grundstück mit den Gegenkontrahenten abzuschließen und es ihm zu übertragen. Wie der Vertrag auszulegen ist, ist Tatfrage. Im ersteren Falle unterliegt die Anwendung der Formvorschrift keinem Bedenken, weil darin die Verpflichtung enthalten ist, das Eigentum an dem nunmehr erworbenen Grundstücke zu übertragen. Im zweiten Falle dagegen ist der Inhalt der Verpflichtung nicht die Übertragung von Grundstückseigentum,

---

[60]) Oberneck I S. 384.

sondern eine Dienstleistung und bedarf daher nicht der Form des § 313 BGB.

Die Tragweite der Formvorschrift des § 313 B. G. B

Nachdem bisher in den §§ 3—7 der Abhandlung die Voraussetzungen des § 313 besprochen worden sind, komme ich nunmehr zu dem eigentlichen Thema der Arbeit, der Tragweite der Formvorschrift. Dabei gehe ich vom Allgemeinen zum Speziellen über, indem ich erst die Anwendung der Formvorschrift bei Verträgen als solchen und ihren Variationen und dann bei den einzelnen Vertragstypen untersuche. Zu sagen ist hier noch, daß § 313 BGB. die Mindestform für den Grundstücksveräußerungsvertrag enthält. Ist ein solcher Vertrag Bestandteil eines Vertrages, für den eine noch strengere Form vorgeschrieben ist, wie es z. B. in den §§ 1434, 2276, 2290 BGB. der Fall ist, so muß diese Form gewahrt werden.

§ 8. Im allgemeinen.

Vorvertrag, Abänderung, Ergänzung und Aufhebung eines Vertrages, Abtretung der Forderung und Schuldübernahme.

Vorvertrag.

Unter Vorvertrag (pactum de contrahendo) versteht man einen solchen Vertrag, in welchem die Verbindlichkeit übernommen wird, beim Abschlusse eines anderen Vertrages, des sogenannten Hauptvertrages, mitzuwirken. Im gemeinen Recht herrschte, wenn auch nicht unbestritten, die Ansicht, daß durch den Vorvertrag ein klagbarer Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages erzeugt werde. Nun involviert ja der Vorvertrag nicht schon in sich eine causa, und die Verpflichtung wäre daher, wenn sie ohne rechtlichen Grund entsteht, kondizierbar. Der Vorvertrag ist also nicht wie ein anderer Vertrag ein pactum sui generis. Das ist auch der Grund, warum das BGB. ihn nicht besonders geregelt hat[61]).

[61]) Man braucht den Vorvertrag deshalb aber noch nicht einen „inhaltlosen Begriff“ zu nennen, wie es Schloßmann in seiner Abhandlung über den Vorvertrag in Iherings Jahrbücher 45 S. 1 ff. tut.

Wie steht es nun mit dem Formerfordernis bei einem Vorvertrage? Selbstverständlich muß die Vorverpflichtung die entweder durch Parteiwillen oder Gesetz für sie selbst vorgeschriebene Form haben, um wirksam zu sein. Ob der Vorvertrag der Form bedarf, welche für den Hauptvertrag vorgeschrieben ist, könnte zweifelhaft sein und in der Tat ist die Frage bestritten. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß der Vorvertrag ein selbständiger Vertrag ist, besteht für die Bejahung der Frage absolut kein zwingender Grund; zum mindesten kann er nicht aus dem Wortlaut des § 313 BGB. entnommen werden. Man könnte zur Bejahung der Frage lediglich aus dem Gesichtspunkte heraus kommen, daß dadurch eine Umgehung der Formvorschrift möglich wäre. Man kommt dagegen zur Bejahung der Frage, wenn man mit v. Stinzing Vor- und Hauptvertrag als bloßes Stadium desselben Schuldverhältnisses ansieht. Die Streitfrage dürfte also mit Enneccerus und Endemann[62]) dahin zu beantworten sein, daß nach dem Grunde und Zwecke der Formvorschrift zu forschen ist bei der Frage, ob auch für den Vorvertrag die gebundene Form nötig ist. „Will das Gesetz eine Willensgebundenheit dieses Inhalts ohne die Form nicht, so ist auch der Vorvertrag ohne die Form nichtig. Ist aber nur die durch den Hauptvertrag bezweckte besondere Gestaltung der beabsichtigten Rechtswirkung von der Form abhängig, so trifft die Form nur den Hauptvertrag[62]).

Das Reichsgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Vorvertrag zu seiner Gültigkeit der Form des Hauptvertrages bedarf. „Es folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß, wenn für die *Gültigkeit* eines gewissen Vertrages gesetzlich eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, auch ein formloses Abkommen auf Eingehung eines solchen Vertrages *ungültig* sein muß“[63]).

Die Notwendigkeit der Beurkundung des Vertrages macht natürlich die Formvorschrift für den Hauptvertrag nicht ent-

[62]) Enneccerus I, 1 S. 390 Anm. 14, Endemann S. 455 ff.
[63]) RG. 43 S. 139.

behrlich. Sondern dieser muß wiederum gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Da hierdurch aber doppelte Kosten entstehen, wird in der Praxis der Abschluß eines Vorvertrages selten vorkommen.

Als Vorverträge werden sich meistens die am Schlusse des vorigen Paragraphen angeführten Verträge charakterisieren, wenn jemand sich verpflichtet, das Grundstück an einen ihm vom Gegenkontrahenten gebrachten beliebigen Dritten zu veräußern und wobei nähere Bestimmungen nicht getroffen werden, das sogenannte eine „Option auf das Grundstück geben". Der Schuldner verpflichtet sich also dadurch gegenüber dem Vermittler, sein Eigentum an die Person zu übertragen, welche jener auswählt. Daher bedarf dieser Vertrag der Form des § 313 BGB. Da nun aber der Vermittler seinerseits wieder einen vollkommen selbständigen obligatorischen Vertrag schließt, durch welchen erst die Verpflichtung des Veräußerers gegenüber dem Erwerber begründet wird, der genaue Preis, Bedingungen usw. festgesetzt werden, so bedarf dieser Vertrag auch der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[64]).

Zu erwähnen ist nun noch der Vertragsantrag und das sogenannte „Andiehandgeben in bestimmter Frist". Es ist ja nicht immer notwendig, daß beide Parteien gleichzeitig zum Notar gehen, um einen Eigentumsübertragungsvertrag über ein Grundstück zu schließen. Deshalb hat das BGB. im § 128 zugelassen, daß, wenn durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, zunächst der Antrag und dann die Annahme gerichtlich oder notariell beurkundet wird. Während bei der gewöhnlichen Offerte, welche der Form des § 313 BGB. bedarf, der Vertrag zustande kommt, sobald die Annahme gerichtlich oder notariell beurkundet worden ist (§ 152 Satz 1 BGB.), ist bei dem „Andiehandgeben auf bestimmte Zeit" der Vertrag erst dann zustande gekommen, wenn der Antragende innerhalb der gesetzten Frist Kenntnis von der

---

[64]) Gutbrod S. 35.

formgerechten, d. h. gerichtlichen oder notariellen Annahmeerklärung erhalten hat[65]).

Abänderung, Ergänzung und Aufhebung des Vertrages.

Ebenso wie die Parteien einen Vorvertrag schließen können, ehe sie die Hauptvereinbarung treffen, können sie auch den geschlossenen Vertrag abändern, indem sie einige Bestimmungen streichen oder einige neue hineinnehmen (Ergänzung des Vertrages). Hierbei ist zu unterscheiden, ob diese Abänderungen Nebenabreden oder wesentliche Punkte des Vertrages betreffen. Eine Abänderung oder Ergänzung des Vertrages, welche einen wesentlichen Punkt desselben betrifft, z. B. die Vorleistungsfrist einer Partei[66]), bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit wiederum derselben Form wie der Hauptvertrag[67]). Oertmann behauptet sogar, daß eine nachträgliche Preisänderung in bezug auf die Höhe oder Zahlungszeit formlos gültig sein dürfte, da die Preisabrede nicht um ihrer selbstwillen, sondern nur als Teil des Veräußerungsvertrages formgebunden war[68]). Dieser Absicht möchte ich jedoch nicht beitreten. Ich möchte mich vielmehr für die Formbedürftigkeit einer Preisänderung entscheiden. Dieselbe ist m. E. auch schon deshalb formbedürftig, weil sich nach dem erzielten Preise die Stempelgebühr richtet. Auf diese Weise könnte man sonst den Staat um diese indirekte Steuer betrügen. Das Reichsgericht hat sich auch dahin geäußert: „Formwidrige Änderungen eines Vertrages sind unwirksam," „denn eine Änderung hat die Einfügung eines neuen Bestandteils in den

[65]) Oberneck S. 383, RG. 49 S. 127 ff., Dernburg II S. 176.

[66]) RG. bei Warneyer 09 S. 74.

[67]) RG. bei Gruch. 49 S. 892.

[68]) Oertmann S. 168/69, Staudinger § 313, DJZ. 04 S. 809, Seuff. Arch. 57 Nr. 207, RG. 65 S. 392 „Allerdings kann ein formgerechter Grundstücksveräußerungsvertrag durch formlose Vereinbarung wieder aufgehoben werden, so lange noch nicht die Auflassung erfolgt ist; denn es wird dadurch nicht das Eigentum an einem Grundstücke übertragen oder zurückübertragen und daher findet § 313 BGB. darauf keine Anwendung."

Vertrag, der im übrigen bestehen bleiben soll, zum Gegenstande und alle einzelnen Bestandteile eines Grundstücksveräußerungsvertrages unterliegen der Form des § 313 BGB."[69]). Daraus folgt, daß auch eine Preisänderung der Form bedarf. In einer Entscheidung vom 10. 12. 1910[70]) hat das Reichsgericht auch die vertragliche Abmachung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer, daß die dem letzteren zur Entgegennahme der Auflassung gesetzte Frist auf bestimmte oder unbestimmte Zeit verlängert, oder daß die Fristsetzung zurückgenommen werde, als der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung für nötig erachtet, mit der Begründung, daß eine solche Änderung eine wesentliche Änderung des Veräußerungsvertrages bildet.

Im Gegensatz zur Abänderung eines Vertrages bedarf die Aufhebung eines durch die Auflassung noch nicht erfüllten Vertrages der Form des § 313 BGB. nicht. Es handelt sich bei der Aufhebung zwar um einen neuen Vertrag, sogar um einen neuen Vertrag über ein Grundstück, aber nicht um einen auf Eigentumsübertragung an dem Grundstücke gerichteten Vertrag. Der Aufhebungsvertrag unterliegt daher nicht dem Wortlaute des § 313 BGB. und noch weniger dem Grunde seiner Einführung, „da er ja geradezu der Stabilität des Grundbesitzes dient, um derentwillen der Übereignungsvertrag erschwert wird"[71]). Er kann daher formlos erfolgen und „es genügen sogar stillschweigende Willenserklärungen der Vertragsparteien"[72]). Soll jedoch ein Vertrag aufgehoben werden, der schon durch die Auflassung und die Eintragung erfüllt ist, so bedarf die Aufhebung wiederum der Form des § 313 BGB., weil dann eben ein ganz neuer Vertrag vorliegt[73]), der auf Eigentumsübertragung gerichtet ist.

---

[69]) RG. 51 S. 181, OLG. Posen i. Seuff. Arch. 57 Nr. 207, RG. 65. S. 392.

[70]) RG. 76 S. 33/34.

[71]) Enneccerus S. 105.

[72]) RG. bei Gruch. 49 S. 895.

[73]) RG. 60 S. 398.

Bisher habe ich nur von möglichen Änderungen des Vertrages gesprochen und von dem Einflusse, den die bestehende Formvorschrift darauf ausübt.

Nun kann ja aber der Vertrag als solcher bestehen bleiben und es kann nur ein Wechsel in den Personen, die ihn abgeschlossen haben, eintreten. Zunächst kann ein Wechsel in der Person desjenigen eintreten, dem das Eigentum an dem Grundstücke übertragen werden soll — es ist dies der Fall der Abtretung der Forderung — oder ein Wechsel in der Person desjenigen, der das Eigentum am Grundstücke übertragen soll — wir sprechen dann von Schuldübernahme.

Abtretung der Forderung und Schuldübernahme.

Der Vertrag, durch welchen jemand eine Forderung auf einen anderen überträgt, ist an und für sich formlos. Für gewisse Fälle ist jedoch eine Form vorgeschrieben, so z. B. für die Abtretung einer Anweisung (§ 792 BGB.), oder einer Briefhypothek, Grundschuld, Rentenschuld (§§ 1154, 1192 BGB.). Aus dem Zwecke der Formvorschrift des § 313 heraus ist daher die Frage, ob die Abtretung der Forderung, in welcher es sich um ein Grundstück handelt, der Form des § 313 BGB. bedarf, zu bejahen. Denn es handelt sich hierbei um eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung. Diese wird zwar nicht erst durch den Abtretungsvertrag begründet, sondern der Vertrag zwischen dem Zedenten und dem Zessionar hat zum Inhalt nur die Abtretung von Rechten aus einem Vertrage; „es erscheint daher völlig unzulässig, für die Abtretung des Anspruchs auf Auflassung die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung aus § 313 Satz 1 BGB. herzuleiten; denn es könnte nur entsprechende Anwendung dieser Vorschrift in Frage kommen; eine solche ist aber ausgeschlossen, weil § 313 Satz 1 BGB. eine Ausnahmebestimmung ist“[74]).

---

[74]) RG. 53 S. 268, cf. auch DJZ. 01 S. 350.

Auch die herrschende Meinung in der Literatur hat sich daher für die Formfreiheit der Abtretung der Forderung erklärt[75]).

Ganz ähnlich liegen die Verhältnisse bei der Schuldübernahme. Auch hier handelt es sich zwar um einen Eigentumsübertragungsvertrag an einem Grundstücke, der aber schon vorher zur Entstehung gelangt ist, also nicht mehr der Form des § 313 BGB. bedarf.

Hierher gehört auch die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot, die ebenfalls keiner Form bedarf[76]).

Die Tragweite der Formvorschrift des § 313 BGB.

§ 9. Im besonderen.

(Besprechung einzelner Vertragstypen.)

Ich komme nunmehr zu den einzelnen Verträgen und will zeigen, auf welche die Formvorschrift des § 313 BGB. Anwendung findet und auf welche nicht. Bezüglich der Reihenfolge der Untersuchung der Verträge werde ich mich an die Reihenfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs halten und nur insofern abweichen, als ich die Verträge des Gesellschaftsrechts an den Schluß nehmen will, weil hierbei auch auf das Handelsrecht einzugehen sein wird.

Kauf, Tausch und Grenzregulierung.

Der wichtigste obligatorische Vertrag, der einen Eigentumsübergang bewirkt, der im Leben am häufigsten vorkommt und der deshalb auch im BGB. an erster Stelle im besonderen Teil der Schuldverhältnisse steht, ist der Kauf. Auf den Kauf und den Tausch, der diesem nach § 515 BGB. gleichgestellt ist, findet die Formvorschrift des § 313 zweifellos Anwendung; der Gesetzgeber hatte bei Festsetzung dieser Ausnahmevorschrift wahrscheinlich überhaupt nur an diese beiden Verträge ge-

---

75) Dernburg II S. 176, Planck II S. 127, Oertmann S. 169, RG. 53 S. 271, Staud. § 313 Anm. 2 h.; a. M. Tochtermann S. 11.

76) Staud. § 313 Anm. 2 i., RG. bei Warneyer 09 S. 324.

dacht[77]. Voigt meint in seiner Abhandlung — ich möchte mich seiner Ansicht anschließen — daß gegen die Form bei Tauschverträgen meistens dann gefehlt werden wird, wenn es sich um ländliche Grundstücke handelt[78].

Ein Vertrag nun, der eine einfache Grenzregulierung darstellt, bedarf nicht der Form des § 313 BGB. Es genügt vollkommen, wenn die Leute sich einen vereidigten Feldmesser kommen, ihre Besitzungen vermessen lassen und die Grundstücke dann so gegeneinander abgrenzen, wie es für die beiderseitige Bewirtschaftung am bequemsten ist, ohne daß jedoch die Größe jedes einzelnen Grundstücks verändert wird. Es ist hierbei natürlich nur an geringfügige Änderungen gedacht. Anders liegt es jedoch bei einem Vertrage, durch welchen eine neue Grenze dadurch bestimmt wird, daß zwei Nachbarn sich Teile ihrer Grundstücke abtreten, die bis dahin zweifellos in ihrem Eigentume gestanden haben[79].

Vorkauf. Wiederkauf.

Wenn in einem Kaufvertrage ein Vor- oder Wiederkaufsrecht vereinbart ist, so unterliegt dies selbstverständlich der Form des § 313 BGB. genau so wie der übrige Vertragsinhalt. Wie aber, wenn eins von diesen Rechten für sich allein die Grundlage eines Vertrages bildet oder in einen Vertrag aufgenommen wird, der an und für sich formfrei ist? Betrachten wir zuerst den Vorkauf. Hierbei auf die übrigens recht bestrittene Natur des Vorkaufs einzugehen, muß unterbleiben, da es über den Rahmen der Arbeit hinausgeht.

Der größte Teil der juristischen Schriftsteller hat die Frage, Formzwang oder nicht, von jeher bejaht[80]. Selbst

---

77) Prot. S. 461, Denkschrift S. 47, Tochtermann S. 15, Endemann I S. 698.

78) Voigt S. 30.

79) Staud. § 313 Anm. II e., RG. i. JW. 06 S. 303.

80) So Rehbein, Biermann, Sachenr. S. 283 Bem. zu § 1094, Neumann Vorbem. zu § 504, Crome, System II § 228, Buchs, Grundbuchr. S. 347, Planck II S. 126, Goldmann-Lilienthal S. 563, Anm. 4; a. M. Lewandowski bei Gruch. 53 S. 565 ff., Turnau I S. 516, Endemann I S. 1014.

wenn man aber mit denjenigen Autoren, die einen Formzwang für die Einräumung des Vorkaufsrechts nicht für nötig erachten, annimmt, daß dieses ein Gestaltungsrecht, der Vertrag über seine Einräumung also ein Belastungsvertrag sei, so muß man doch zur Anwendung der Formvorschrift des § 313 BGB. kommen. Denn jedenfalls ist das Vorkaufsrecht eine solche Belastung, mittelst deren, im Gegensatz zu anderen Belastungen, eine Eigentumsübertragung erzwungen werden kann. Seinem rechtspolitischen Grunde nach trifft also § 313 BGB. auf den in Frage stehenden Vertrag unbedingt zu. Mag auch das Vorkaufsrecht ein Gestaltungsrecht sein, bezüglich des Grunderwerbs ist es doch ein solches, daß es im Ergebnis dieselbe Wirkung auslöst wie ein Veräußerungsvertrag.

Die Judikatur war sich in der Beantwortung der Frage auch nicht immer einig. Das Reichsgericht hat lange Zeit geschwankt. In einer Entscheidung des 59. Bandes[81]) hat es die Anwendbarkeit der Formvorschrift des § 313 BGB. auf die Einräumung eines obligatorischen Vorkaufsrechts bejaht. Kurz darauf hat ein anderer Senat diese Anwendbarkeit verneint[82]). Nachdem sich das oberste Gericht dann im 62. Bande[83]) wieder für den Formenzwang ausgesprochen hatte, ist dieser Meinungsverschiedenheit der einzelnen Senate durch eine Plenarentscheidung ein Ende gemacht worden[84]). In dieser hat sich das Reichsgericht endgültig für die Anwendung des Formenzwanges ausgesprochen. In den Gründen der Entscheidung ist ausgeführt, daß auf den Vorkauf dieselben Erwägungen zutreffen, welche den Gesetzgeber zu der Vorschrift des § 313 BGB. bestimmt haben. Die Einräumung des Vorkaufsrechts sei unter Umständen von viel einschneidenderer wirtschaftlicher Bedeutung und besonders dann, wenn im voraus der Kaufpreis fest bestimmt sei. Wollte man aus solchen bloß mündlich abgeschlossenen Verträgen einen klagbaren An-

[81]) RG. 59 S. 132.

[82]) RG. 60 S. 225.

[83]) RG. 62 S. 45 ff.

[84]) Entscheidung vom 24. 1. 1910 Bd. 72 S. 385.

spruch zulassen, so würde dies der Absicht des Gesetzgebers, die er bei Einführung der Vorschrift des Paragraphen gehabt habe, widersprechen.

§ 505 Abs. 1 Satz 2 BGB. sagt: „die Erklärung — des Vorkaufsrechts — bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form", also auch bei Grundstücken nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[85]). Ferner bestimmt derselbe Paragraph weiter: „Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts — also mit der formlosen Erklärung — kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten . . . zustande". Auf den ersten Blick scheint es, als ob durch diese Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Umgehung des Formzwanges möglich wäre. Zur Erläuterung ein Beispiel: A. hat bei dem Kauf eines Grundstücks in den Vertrag ein Vorkaufsrecht seines Nachbarn B. aufnehmen lassen. Er will nun sein Grundstück verkaufen, wird mit dem C., der das Vorkaufsrecht des B. kennt, über alle Bedingungen einig. Beide, A. und C., wollen aber, um Kosten zu sparen, erst zum Notar gehen, wenn B. sich entschieden hat, ob er von einem Vorkaufsrechte Gebrauch macht oder nicht. A. telephoniert nun, um C. die Entscheidung gleich mitteilen zu können, an B., welcher erklärt: Ich übe mein Vorkaufsrecht aus. Scheinbar ist nun der Kaufvertrag zwischen A. und B. zu dem zwischen A. und C. vereinbarten Bedingungen zustande gekommen, ohne daß die Vorschrift des § 313 BGB. beachtet worden wäre. Trotzdem kann B. aber nicht auf Auflassung klagen, da der Vertrag mit C. noch gar nicht zustande gekommen war; denn jede Partei kann von einem Grundstückskaufvertrage so lange noch zurücktreten, als die notarielle oder gerichtliche Urkunde nicht aufgenommen worden ist. Nach § 504 BGB. kann aber das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat. Dies ist hier jedoch nicht der Fall; eine Umgehung des Formzwanges ist daher nicht möglich.

---

[85]) Siméon, Recht u. Rechtsgang I S. 385.

Ganz ähnlich wie mit dem Vorkaufsrecht verhält es sich auch mit dem Recht des Wiederkaufs. Die juristische Konstruktion desselben ist streitig. Es ist weder ein Rücktrittsrecht noch ein Recht aus einem Vorvertrage. Vielmehr ist es als ein mit dem Kaufvertrage bereits verbundenes Kaufgeschäft zu betrachten. Es ist ein aufschiebend bedingter Rückkaufvertrag, dessen Bedingung durch die Wiederkaufserklärung erfüllt wird. Bei Grundstücken unterliegt daher die Wiederkaufsverpflichtung der Form des § 313 BGB. So erklärt es sich auch, daß durch eine einseitige, formfreie, empfangsbedürftige Erklärung ein gegenseitiger Vertrag, insbesondere auch ein Grundstücksveräußerungsvertrag, zustande kommen kann[86].

Schenkung.

Bei Besprechung der Schenkung kann der Fall der realen Schenkung von vornherein außer Betracht bleiben[87]. § 518 BGB. verlangt für den Schenkungsvertrag die gerichtliche und notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens, um übereilte Schenkungsversprechen oder Zweifel darüber zu verhindern, ob wirklich ein Schenkungsversprechen vorliegt oder nur die Absicht, später einmal etwas schenken zu wollen[88]. Das Schenkungsversprechen eines Grundstücks bedarf also schon gemäß § 518 BGB. der strengeren Form. Die beiden Paragraphen decken sich aber doch nicht insofern, als § 313 die Beurkundung des ganzen Vertrages, also auch der Annahme, § 518 nur die Beurkundung des Versprechens verlangt. Infolgedessen bedarf die Schenkung eines Grundstücks nicht der Form des § 518, sondern der des § 313 BGB., d. h. es muß auch die Annahme der Schenkung in die notarielle Schenkungsurkunde mitaufgenommen werden.

Dem Schenkungsversprechen nahe verwandt ist das Ausstattungsversprechen. Darunter versteht das Gesetz „alles,

---

[86]) cf. JW. 1911 S. 320, RG. 69 S. 282.
[87]) Vgl. darüber unten § 14. S. 52 ff.
[88]) Tochtermann S. 18, Mot. II S. 293.

was einem Kinde, Sohn oder Tochter, mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder zur Erlangung einer selbständigen Lebensstellung, zur Begründung und Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von einem Elternteil zugewandt wird" (§ 1624 BGB). Da die Gewährung einer Ausstattung als sittliche Pflicht gilt — im Gegensatz zur Aussteuer, zu deren Gewährung eine rechtliche Pflicht besteht — so gilt sie insoweit als Schenkung, „als sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß nicht übersteigt" (§ 1624 BGB.). Die Grundübereignung in der Form des Ausstattungsvertrages bedarf also der Form des § 313 BGB., da sie erst durch die Annahme bindend wird[89]).

Mäklervertrag.

Keine Anwendung findet § 313 BGB. auf den Mäklervertrag, weil es sich bei diesem nicht um Übertragung des Eigentums an einem Grundstück handelt, sondern weil der Mäkler nur die Gelegenheit zur Eigentumsübertragung einem anderen verschaffen soll. Daher ist auch die Zusage der Gebühr für die Vermittelung eines solchen Geschäfts formlos gültig[90]). Auch Staub[91]) und das Reichsgericht[92]) haben sich für die Formfreiheit der Mäklerverträge entschieden.

Auftrag, Vollmacht und Parzellierungsauftrag.

Bei der Untersuchung, ob ein Auftrag zur Übertragung von Grundstückseigentum der Form des § 313 BGB. bedarf, ist zu unterscheiden zwischen Auftrag zum Erwerbe eines Grundstücks und zur Veräußerung eines Grundstücks. Wie ich oben gezeigt habe (§ 7 S. 21/22), ist der Vertrag zum Erwerbe des Eigentums an einem Grundstücke formlos gültig, daher muß auch der Auftrag zum Erwerbe eines Grund-

[89]) Gutbrod S. 66.
[90]) Staud. § 313 Anm. III.
[91]) Staub § 350 Anm. 21.
[92]) RG. i. JW. 05 S. 73 Nr. 7.

stücks formlos gültig sein. Durch den Auftrag zum Erwerbe eines Grundstücks wird der Beauftragte nach § 677 BGB. zur Herausgabe und zur Übereignung an den Auftraggeber verpflichtet.

Schwierigkeiten in der Anwendung des § 313 BGB. entstehen dadurch, daß § 167 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Die Erklärung (der Vollmacht) bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht". Mithin fragt es sich, wie die beiden Vorschriften miteinander zu vereinen sind, und insbesondere, ob für ein Grundstücksveräußerungsgeschäft der Formzwang des § 313 dadurch zu umgehen ist, daß er in die Form einer Vollmachtserteilung eingekleidet wird. Die beiden Vorschriften stehen sich nun nicht wie allgemeine Regel und Sondervorschrift gegenüber, sondern § 167 Abs. 2 hat die Bedeutung, daß er wie allgemein für die formbedürftigen Rechtsgeschäfte so auch für das Gebiet des § 313 BGB. den Umfang des Formzwanges näher bestimmt, indem er das Hilfsgeschäft der Vollmacht ausdrücklich als nicht darunterfallend bezeichnet[93]). Die Formfreiheit der Vollmachtserklärung tritt also dann nicht ein, wenn sie als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts erscheint, welches der Form des § 313 BGB. unterfällt.

Die Formvorschrift des § 313 findet aber auch aus einem anderen Grunde Anwendung. § 167 Abs. 2 BGB. setzt, wie sich aus § 168 ergibt, eine freie Vollmacht voraus, d. h. eine solche, die widerruflich ist, ohne für den Vollmachtgeber Rechtsnachteile zu zeitigen. Ein solcher Fall lag dem Reichsgericht zur Entscheidung vor[94]) und es hat sich dahin geäußert, daß die Vollmacht in diesem Falle dem Formzwange unterworfen ist, „weil sonst der Erwerber imstande wäre, ohne weitere Mitwirkung des Veräußerers das Geschäft zum Abschluß zu bringen"[95]). Auch im 79. Bande[96]) hat sich das Reichsgericht

---

[93]) RG. 50 S. 167 ff., 76 S. 182 ff.

[94]) RG. 76 S. 182 ff.

[95]) RG. 76 S. 182.

[96]) RG. 79 S. 212.

noch einmal mit der Frage „Formzwang oder Formfreiheit" beschäftigt und in der Entscheidung ausgeführt, daß, wenn die Vollmacht von den Parteien nur zu dem Zwecke gegeben wird, um eine Bindung der Parteien zu erzielen, ehe der Grundstücksveräußerungsvertrag in der Form des § 313 BGB. abgeschlossen wurde, d. h. wenn durch die Vollmachtserteilung eine Umgehung des Formzwanges bewirkt werden soll, die Vollmacht der Form des § 313 bedarf. Die bloße Umgehung der Formvorschrift würde zwar an sich die Anwendung des § 313 noch nicht nötig machen, sondern es kommt hier dazu, daß durch die Gebundenheit der Parteien auch die Widerruflichkeit der Vollmacht ausgeschlossen wurde und deshalb mußte die Formvorschrift Anwendung finden.

Ich möchte mich also mit dem Reichsgericht auf folgenden Standpunkt stellen: Eine abstrakt gegebene und frei widerrufliche Vollmacht bedarf, auch wenn sie auf den Erwerb oder die Veräußerung von Grundstückseigentum gerichtet ist, nicht der Form des § 313 BGB.

Leibrente.

Bezüglich des Leibrentenvertrages hält das Gesetz schriftliche Erteilung des Versprechens für erforderlich, „soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist". (§ 761 BGB.) Die einfache Schriftlichkeit ist also nur subsidiär anzuwenden und es folgt daraus, daß, wenn die Gegenverpflichtung die Eigentumsübertragung eines Grundstücks enthält, die Form des § 313 BGB. anzuwenden ist. Ebenso ist die Bestellung eines Leibgedinges, wenn sie — wie üblich — als ein Teil eines Grundstücksüberlassungsvertrages vereinbart ist, an die Beobachtung der hierfür vorgeschriebenen Form des § 313 gebunden[97]).

Bürgschaft.

Zur Gültigkeit der Bürgschaftserklärung erfordert das Gesetz allgemein die Schriftlichkeit der Erklärung. Dadurch ist

---

[97]) Turnau-Förster I. S. 496, Biermann S. 135, Tochtermann S. 19

jedoch die Anwendung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung für den Fall, daß der Bürge sich verpflichtet hat, das von einem Dritten versprochene Grundstück zu übereignen — ein Fall, der in Praxis wahrscheinlich nie vorkommen wird, — nicht ausgeschlossen. Dem Sinn und Zweck der Formvorschrift entsprechend, ist sie sogar notwendig. Denn warum sollte der Bürge, der doch leicht in die Lage kommen kann, selbst erfüllen zu müssen, weniger geschützt werden als der Hauptschuldner? Zwar genießt ja der Bürge durch die Vorschrift des § 771 BGB. einen erhöhten Schutz, der aber durch § 773 wieder erheblich eingeschränkt wird[98]).

Zu erwähnen ist hier ferner das Haftungsversprechen (Garantievertrag) dafür, daß jemand sein eignes Grundstück einem anderen zum Eigentum übertragen werde. Dieser Vertrag bedarf der Form des § 313 BGB.[99]).

Keine Anwendung dagegen findet die Vorschrift auf einen Vertrag, durch welchen ein Dritter, nicht der Veräußerer oder Erwerber sich verpflichtet, einen Teil des Kaufpreises zu bezahlen[100]).

Vergleich.

Auch durch den Vergleich, d. h. durch einen Vertrag, durch den die Parteien den Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigen (§ 779 BGB.), kann eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstücke enthalten. Derselbe bedarf dann der Form des § 313 BGB. Ebenso kommt sie in Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung streitig ist und die eine Partei diese Verpflichtung schließlich als richtig anerkennt. Anders verhält es sich dagegen, wenn der Vergleich über den sonstigen Inhalt des Grundstücksveräußerungsvertrages, z. B. Gewährleistungspflicht, Zahlungspflicht des Kaufpreises usw. geschlossen wird. Diese Abänderungen unterliegen der Formvorschrift des § 313 BGB.

[98]) Oberneck S. 387, Tochtermann S. 20, Voigt S. 40, Klein S. 17.
[99]) cf. RG. i. Recht 02 S. 371.
[100]) cf. Recht 08 II, Ziff. 1761, Staud. § 313 Anm. II g.

nicht[101]). Bezüglich des Prozeßvergleichs muß ich auf das oben in § 3 S. 9 Gesagte verweisen.

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis.

Ebenso wie bei der Bürgschaft und dem Leibrentenvertrag hat das Gesetz auch für das abstrakte Schuldversprechen bezw. Anerkenntnis die einfache Schriftlichkeit subsidiär angeordnet. Aus diesem nur subsidiären Charakter der Formvorschrift folgt, daß bloße Schriftlichkeit da nicht genügt, wo das dem Versprechen oder Anerkenntnis zugrunde liegende Schuldverhältnis einer stärkeren Form bedarf; sonst wäre es hierdurch möglich, alle verstärkten Formerfordernisse zu umgehen[102]). Wird nun das Schuldversprechen oder Anerkenntnis im Wege eines Vergleichs abgegeben, so schreibt § 782 BGB. vor, daß man in diesem Falle von der Schriftlichkeit abgehen kann. Eine Umgehung der Formvorschrift des § 313 ist jedoch auch hierdurch nicht möglich; erlassen wird nur die in den §§ 780, 781 BGB. vorgeschriebene Schriftform. Formvorschriften, welche an anderen Stellen des Gesetzes angeordnet sind, werden daher nicht davon berührt; insbesondere nicht die des § 313 BGB.[103]). Gibt also jemand in einem Vertrage oder Vergleiche das Versprechen oder die Anerkennung der Verpflichtung ab, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, so bedarf dieser Vertrag bezw. Vergleich immer der im § 313 vorgeschriebenen Form[104]).

Die Verträge des Gemeinschaftsrechts.

Während bei der Gesellschaft das BGB. den deutschrechtlichen Gedanken der gesamten Hand durchgeführt hat, hält es bei der gewöhnlichen Gemeinschaft an dem römischen Recht fest, in dem es eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder ideellen Anteilen (pro partibus indivisis) bestehen ließ. In Verbindung

---

[101]) Oberneck S. 386, Crome II § 301 Nr. 5 Anm. 35, Tochtermann S. 21, Voigt S. 41, Klein S. 18/19.

[102]) Endemann I S. 1210.

[103]) Staudinger § 782 Anm. II.

[104]) Oberneck S. 386, Tochtermann S. 21/22.

mit dem § 313 BGB. kann die Gemeinschaft nur unter den Gesichtspunkt gebracht werden, wenn sie durch einen obligatorischen Vertrag begründet werden soll, in welchem sich ein Gemeinschafter verpflichtet, sein Grundstück in das Miteigentum aller Gemeinschafter übergehen zu lassen. „Daß er selbst zu diesen Gemeinschaftern gehört," sagt Tochtermann, „ist ohne Belang, denn das bestehende Miteigentum am Grundstück gibt ihm ein neues Recht, welches von dem bisherigen Recht an Umfang und Inhalt völlig verschieden ist." Dieser Vertrag sowie der, durch den ein Mitglied der Gesellschaft seinen ideellen Anteil, gleichviel an wen, veräußert, bedarf der Form des § 313 BGB., da es sich zweifellos um vertragliche Übertragung von Grundstückseigentum handelt.

Das deutschrechtliche Prinzip der gesamten Hand ist vom BGB. außer bei der Gesellschaft noch bei den ehelichen Güterrechten vorgeschrieben. Diese interessieren hier aber nicht, da für die Eheverträge sowieso gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangt wird. An und für sich ist ein Gesellschaftsvertrag vom Gesetz an keine Form gebunden; sobald aber ein Gesellschafter bei der Gründung sich verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen, bedarf er der Beurkundung. Dabei ist aber ein Unterschied zu machen zwischen Einbringung dem Rechte nach (quoad sortem) oder dem Gebrauche nach (quoad usum). Das Einbringen dem Rechte nach ist als entgeltliche Veräußerung aufzufassen. Dementsprechend müssen die Regeln des Kaufvertrages Anwendung finden[105]). Für die societas quoad usum ist eine besondere Vorschrift nicht gegeben; meistens wird man aber die Regeln über die Miete entsprechend anwenden können[106]). Bei einem Einbringen von Grundstücken dem Rechte nach findet daher die Formvorschrift des § 313 BGB. Anwendung.

Bei der societas quoad usum liegt jedoch eine Übertragung des Eigentums nicht vor. Der betreffende Gesellschafter

---

[105]) Endemann I S. 1133.

[106]) Enneccerus I, 2 S. 460 u. 269.

bleibt ja Eigentümer seines Grundstückes, auch wenn er der Gesellschaft die Benutzung überläßt, also z. B. die Geschäftsräume der Gesellschaft in dem Hause eines Gesellschafters eingerichtet werden. Hier braucht daher eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nicht stattzufinden.

Wird in eine schon bestehende Gesellschaft ein Gesellschafter neu aufgenommen und verpflichtet er sich, hierbei zur Einbringung eines Grundstücks, so bedarf der Gesellschaftsvertrag der Form des § 313 BGB.

Dagegen bedarf ein Gesellschaftsvertrag, mit dem der Zweck verfolgt wird, Grundstücke, welche dritten Personen gehören, für die Gesellschaft zu erwerben und unter Zerteilung mit Vorteil weiter zu veräußern, nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Denn eine dahingehende Vereinbarung ist kein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum zu übertragen und zwar auch dann nicht, wenn dem Zerteilen und Veräußern der Erwerb der Grundstücke noch erst vorausgehen muß. „Daß die erworbenen Grundstücke nachher den Zweckbestimmungen der Gesellschaft unterliegen, vermag nichts daran zu ändern[107].“

Zweifelhaft wird die Anwendung der Formvorschrift des § 313 BGB. in zwei Fällen.

1. Sämtliche Miteigentümer eines Grundstücks, also die Gemeinschafter, wollen die Gemeinschaft in eine Gesellschaft verwandeln und jeder soll seinen ideellen Anteil an dem Grundstücke in die Gesellschaft einbringen. Wenn man annimmt, daß die Gesellschaft eine von den Gesellschaftern nicht verschiedene Persönlichkeit ist, so kann man, da auch das Gesetz keine Form für den Gesellschaftsvertrag kennt, dazu kommen, zu sagen, daß die Umwandlung keiner Form bedarf. Andererseits ist aber doch das Recht, welches der Gesellschafter an dem Grundstücke hat, so wesentlich verschieden von dem Rechte des Gemeinschafters an dem Grundstücke — z. B. darf der Gesellschafter

[107]) RG. 68 S. 263.

seinen Anteil nicht veräußern oder belasten, was der Gemeinschafter ja jederzeit tun kann — daß es sich hier um eine Eigentumsveräußerung handelt, die unter § 313 BGB. fällt und daher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf.

2. Der zweite Fall, wo die Anwendung der Formvorschrift zweifelhaft werden könnte, ist der, daß in eine Gesellschaft, zu der ein Grundstück gehört, ein neuer Gesellschafter eintritt. Hier handelt es sich aber nicht um Eigentumsübertragung, sondern das Grundbuch stimmt lediglich mit der tatsächlichen Rechtslage nicht mehr überein und muß berichtigt werden[108]).

Die obligatorischen Grundstücksverträge im Handelsrecht.

Wie bei der Gesellschaft und Gemeinschaft nach BGB. Einbringung von Grundstücken möglich ist, so ist es auch bei den Gesellschaften des HGB. Die Formvorschrift kommt jedoch nur für das Einbringungs- (Illations-) Versprechen in Betracht. Werden die von den Gesellschaftern einzubringenden Anteile schon im Gründungsvertrage festgesetzt, so fallen diejenigen Gesellschaften, deren Gründungsvertrag sowieso schon gerichtlicher oder notarieller Begründung bedarf, für unsere Betrachtung fort. Es sind dies die Aktiengesellschaft[109]), Kommanditgesellschaft auf Aktien[110]) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[111]). Fällt bei den anderen Gesellschaften des HGB., also der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft Gründungsvertrag und Illationsversprechen zusammen und wird ein Grundstück in die Gesellschaft eingebracht, so muß der Gründungsvertrag ebenfalls gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Werden jedoch die einzubringenden Anteile der Gesellschafter in einem besonderen Vertrage vereinbart, so bedarf dieser in jedem Falle der Form

---

[108]) Tochtermann S. 24.
[109]) §§ 182, 186 Abs. 2 HGB.
[110]) §§ 320 Abs. 3, 321 BGB.
[111]) § 2 des Gesetzes vom 20. Mai 1898.

des § 313 BGB. Bei den zuerst genannten Gesellschaften würde also eine doppelte Beurkundung, einmal des Gründungsvertrages und zweitens des Illationsversprechens, nötig sein.

Dasselbe gilt auch von den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die an und für sich nur Schriftlichkeit des Statuts erfordern.

Zu behandeln ist ferner noch die Bürgschaft und das Schuldversprechen und Anerkenntnis, soweit sie für den Bürgen bezw. Schuldner Handelsgeschäfte sind. Das HGB. hat in § 350 für die drei genannten Rechtsgeschäfte die vom BGB. allgemein geforderte Schriftlichkeit für Vollkaufleute nicht für nötig erachtet. Jedoch wenn auch § 350 HGB. den § 780 BGB. ohne Beschränkung außer Anwendung setzt, so wird hierdurch doch die Anwendung jener erschwerenden Bestimmungen nicht gleichfalls ausgeschlossen, sie sind vielmehr zu beachten, selbst wenn auf Seite des Versprechenden ein Handelsgeschäft vorliegt. Dasselbe gilt auch für das Bürgschaftsversprechen. Es wird ja allerdings vorausgesetzt, daß ein Vollkaufmann genügend gewandt und geschäftskundig ist, um eine Bürgschaftserklärung usw. nicht unbedacht abzugeben. Handelt es sich aber bei einem der drei genannten Geschäfte um Eigentumsübertragung an einem Grundstücke, so hat der Vollkaufmann — auf den Minderkaufmann findet diese Ausnahmevorschrift nach § 351 HGB. keine Anwendung — ebenso viel Anrecht darauf, geschützt zu werden wie jeder andere[112]).

Wie steht es nun bezüglich der Auflösung der Gesellschaft? Außer acht lassen kann ich einmal den Fall, wo die Auflösung schon im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, und den Fall des Konkurses, da bei diesem das gesamte Gesellschaftsvermögen verkauft wird und das nach Bezahlung der Gesellschaftsschulden übrigbleibende Geld unter die Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Kapitalanteile verteilt wird. Ist nun nichts Besonderes in dem Gesellschaftsvertrage über die Auflösung vorgesehen, so geschieht diese nach Maßgabe der §§ 732—735 BGB.

[112]) Tochtermann S. 25 ff., Turnau-Förster I S. 316, Makower, Handelsgesetzb. I S. 940.

Im Zusammenhange mit vorliegender Arbeit interessiert hier nur § 732 BGB. „Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben.“ Ist der eingebrachte Gegenstand ein Grundstück, so ist hierin eine Eigentumsübertragung zu erblicken und § 313 BGB. muß daher zur Anwendung kommen.

Ferner ist hier die Liquidation der Handelsgesellschaften zu behandeln. Die einzelnen Gesellschafter haben hierbei überhaupt keinen Anspruch auf Übertragung einzelner Gemeinschaftsobjekte, sogar nicht einmal auf Übertragung der von ihnen eingebrachten Gegenstände. Die Liquidatoren haben vielmehr das gesamte Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen und nach Bezahlung der Schulden den Rest unter die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zu verteilen.

Nun können die Gesellschafter aber auch im Laufe des Liquidationsverfahrens eine besondere Auseinandersetzung vereinbaren, so z. B. daß ein Gesellschafter Gemeinschaftsobjekte in Anrechnung auf sein Guthaben bei der Auseinandersetzung erhält. Hierbei handelt es sich um einen Vertrag, und dieser bedarf der Form des § 313 BGB., wenn der Gegenstand ein Grundstück der Gesellschaft bildet. Ebenso liegt es, wenn das Grundstück von mehreren oder auch von allen Gesellschaftern übernommen werden soll, gleichgültig, ob es unter sie reell oder ideell geteilt wird.

Ein bloßes Ausscheiden einzelner Gesellschafter bewirkt ein Anwachsen ihrer Teile an die Teile der übrigbleibenden Gesellschafter. Von einer Anwendung des § 313 BGB. kann daher hier keine Rede sein, auch nicht, wenn ein Gesellschafter die ganze Gesellschaft mit Aktiven und Passiven übernimmt[113]).

[113]) So auch Staub § 145 Anm. 8, ROHG. 24 S. 144 und das RG. in mehreren Entscheidungen; a. M. Gutbrod, der hierin eine Auflösung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erblickt und Liquidation eintreten lassen will; beim Vorliegen einer OHG. aber ein Veräußerungsgeschäft darin sieht, bei dem dann „die einzelnen Rechte nach den jeweils vorgeschriebenen Formen auf den Übernehmenden zu übertragen sind“. (S. 82.)

Kapitel III.

Die Form des § 313 BGB.

a. nach Reichsrecht.

§ 10. Sachliche und örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson.

Die Regel des § 313 BGB. läßt gerichtliche wie notarielle Beurkundung in gleicher Weise zu, ohne der einen oder der anderen Beurkundungsart einen Vorzug zu gewähren[114]). Eine Wahl zwischen den beiden Beurkundungsarten ist aber in denjenigen Staaten ausgeschlossen, welche die Einrichtung des Notariats nicht kennen, wie z. B. Lippe, Lippe-Schaumburg, Schwarzburg-Rudolfstadt und Schwarzburg-Sondershausen oder die von dem Vorbehalt des Art. 141 EGzBGB. Gebrauch gemacht und die Gerichte von der Beurkundungsbefugnis ausgeschlossen haben. Dies ist z. B. der Fall in Baden, Bayern, Elsaß-Lothringen, Hamburg und Bremen[115]). Nähere Bestimmungen über die Beurkundung sind aber im BGB. nicht erlassen worden, sondern in dem am gleichen Tage in Kraft getretenen Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17./20. Mai 1898 (RFGG.). Gemäß § 200 dieses Gesetzes können Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung des RFGG. von der Landesgesetzgebung der Bundesstaaten erlassen werden.

Nach § 167 RFGG. sind für die gerichtliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts die Amtsgerichte zuständig, nicht das Grundbuchamt als solches. Ferner sind für die außergerichtliche Beurkundung die Notare zuständig. Nach dem Reichsgesetz vom 8. November 1867 (§§ 16, 17) haben die Bundeskonsuln in Ansehung der Rechtsgeschäfte, welche Bundesangehörige errichten das Recht der Notare, so daß die vor ihnen und zwei Zeugen aufgenommenen Urkunden den Notariatsurkunden gleichstehen[116]).

---

[114]) Oberneck S. 293, Tochtermann S. 28.

[115]) Oberneck S. 217 u. 393.

[116]) Stobbe III S. 149.

Beim Heere erklärt das milit. FGG. die Kriegsgerichtsräte und Oberkriegsgerichtsräte für die nach § 167 RFGG. den Amtsgerichten obliegenden Verrichtungen im Felde für zuständig. Ebenso verhält es sich bei der Kaiserlichen Marine[117]).

Es braucht hier nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß es sich nur um außerprozessuale Beurkundungen handelt.

Die Reichsgesetzgebung hat keine Bestimmungen getroffen über die Folgen sachlicher falscher Zuständigkeit, sondern dies den Landesgesetzgebungen überlassen. Da aber jede Behörde nur innerhalb ihrer Amtsbefugnis Rechtshandlungen vornehmen darf, so folgt daraus, daß „eine Verletzung der sachlichen Zuständigkeit die Ungültigkeit der Beurkundung nach sich zieht"[118]).

Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit hat das RFGG. keine Vorschriften erlassen. Hierüber sind von den Einzelstaaten Gesetze erlassen worden, wie es ihnen ja gemäß § 200 RFGG. zusteht. An und für sich ist also jedes Amtsgericht und jeder Notar zuständig, da nach § 200 Abs. 2 RFGG. ein Verstoß gegen Vorschriften hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit nicht die Gültigkeit der Beurkundung beeinträchtigt[119]).

§ 11. Das Verfahren der Beurkundung.

Das Verfahren der Beurkundung ist in den §§ 168 bis 182 RFGG. genau geregelt und lehnt sich, der Einheitlichkeit halber, an die Vorschriften an, welche das BGB. für die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen festgesetzt hat. Die Beurkundung besteht aus drei wesentlichen Akten:

1. Die Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung vor der Urkundsperson,

2. die Aufnahme eines Protokolls über die Abgabe dieser Erklärung und

3. die Feststellung seitens der Partei, daß das Protokoll mit der Erklärung übereinstimmt; es muß dazu vorgelesen,

---

117) cf. § 184 RFGG.

118) Oberneck S. 398.

119) Oberneck S. 398.

genehmigt und unterschrieben werden und die Genehmigung muß im Portokoll ausgedrückt sein.

Fehlt bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung auch nur eins dieser Erfordernisse, so ist die ganze Beurkundung ungültig[120]). Aus § 128 BGB. in Verbindung mit § 152 folgt, daß beim Abschlusse eines Vertrages gemäß § 313 BGB. nicht beide Teile gleichzeitig vor dem Gericht oder Notar zu erscheinen brauchen, und daß der Vertrag zustande kommt, wenn die Annahme des Vertragsantrages beurkundet ist. Die Annahmeerklärung braucht auch nicht vor demselben Gericht oder Notar beurkundet zu sein.

Die näheren Bestimmungen, welche das RFGG. über die Beurkundung gibt, sollen hier nur kurz angeführt werden.

§§ 170—172 geben Vorschriften darüber, wer als Urkundsperson bezw. Hilfsperson nicht mitwirken kann, ohne entweder die Nichtigkeit des gesamten Rechtsaktes oder einzelner Verfügungen herbeizuführen, § 173 Vorschriften darüber, wer nicht mitwirken soll. §§ 174—177 geben Bestimmungen über die Erfordernisse des Protokolls. Die folgenden Paragraphen sowie § 169 führen die Ausnahmefälle an, wo einer nicht schreiben kann, blind, taub, stumm oder der deutschen Sprache nicht mächtig ist. § 181 enthält die Beurkundung von Versteigerungen.

Dieselben Vorschriften finden auch hinsichtlich der Beurkundung vor den Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräten des Heeres und der Marine Anwendung, wie in § 2 des Milit. FGG. ausdrücklich bestimmt ist.

b. Nach — preußischem — Landesrecht.

§ 12. Sachliche und örtliche Zuständigkeit.

In Art. 141 EGzBGB. sagt das Gesetz einschränkend, daß es der Landesgesetzgebung vorbehalten sein soll, für die Beurkundung von Rechtsgeschäften entweder die Gerichte oder Notare für allein zuständig zu erklären. Im Gegensatz dazu

---

[120]) RG. 52 S. 433 ff.

gibt aber dann ausdehnend Art. 142 EGzBGB. die Erlaubnis, auch andere Behörden als nur Gerichte oder Notare zur Beurkundung für zuständig zu erklären, soweit sie vor Eintritt der Rechtskraft des BGB. zuständig waren.

Die Landesgesetzgebungen haben sämtlich von der einen oder anderen der eben angeführten Befugnisse Gebrauch gemacht mit Ausnahme von Braunschweig. Ich will hier das Landesrecht nur insoweit als Preußen in Betracht kommt behandeln. Preußen hat von Art. 142 EGzBGB. insofern ausgiebig Gebrauch gemacht, als noch folgende Behörden für die Beurkundung zuständig sind.

Wird bei einem Eigentumsübertragungsvertrage an einem Grundstück, welches in Preußen liegt, die eine Partei durch eine öffentliche Behörde, wie dies z. B. bei Straßenregulierung oder Anlegung (Erweiterung) einer Eisenbahnstrecke der Fall sein kann, vertreten, so ist für die Beurkundung des Vertrages auch der Beamte zuständig, welcher von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder der vorgesetzten Behörde besonders bestellt ist. Es kann sich also auch ein Bürgermeister als Vorstand des Magistrats selber zur Urkundsperson bestellen[121]. Er darf aber nur den obligatorischen Veräußerungsvertrag beurkunden, keine sonstigen Hypotheken, Vollmachten usw.[122].

Außerdem gelten in Preußen folgende Ausnahmen:

In Nassau sind an denjenigen Orten, die nicht Sitz eines Amtsgerichts sind, die Bürgermeister für zuständig erklärt. Es ist aber die Einschränkung gemacht, daß sie nur Kauf- oder Tauschverträge beurkunden dürfen, und diese auch nur dann, wenn das Objekt 500 Mark nicht übersteigt[123].

Auf Antrag der Parteien können, im Auftrage des Gerichts, in den hohenzollerschen Landen und den ehemals groß-

---

[121]) Oberneck S. 394.

[122]) Oberneck S. 394. In Berlin werden für alle Verträge über Grundstücke, bei denen der Magistrat beteiligt ist, besondere Urkundsbeamte vom Oberbürgermeister bestellt.

[123]) AGzBGB. Art. 12 § 3.

herzoglich-hessischen Gebietsteilen die Ortsvorsteher, in dem ehemals landgräflich-hessischen Amtsbezirk Homburg und der vormals freien Stadt Frankfurt a. M. die Bürgermeister die obligatorischen Grundstücksverträge bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen beurkunden, aber nur, wenn der betreffende Ort nicht Sitz eines Amtsgerichts ist[124]).

In denjenigen Orten der eben angeführten Gebiete einschließlich Nassau, sowie im Bezirk des ehemaligen Justizsenats Ehrenbreitstein und den kurhessischen Teilen des Oberlandesgerichtsbezirks Frankfurt a. M., wo Ortsgerichte bestehen, haben diese und nicht die Bürgermeister und Ortsvorsteher die Beurkundung vorzunehmen[125]).

In Ostfriesland, Harlingerland und Regierungsbezirk Osnabrück können die Beurkundungen der öffentlichen freiwilligen Versteigerungen besondere Beamte (beeidigte Auktionatoren) vornehmen.

Bezüglich der durch Vermittelung der Generalkommission begründeten und vom Staate ausgegebenen Rentengüter hat Preußen die schriftliche Form für ausreichend erklärt, „weil durch die Mitwirkung der Behörde die Gefahr vor übereilten Käufen und Verkäufen seitens einer minder geschäftskundigen Bevölkerung beseitigt wird"[126]).

Die örtliche Zuständigkeit des Amtsrichters erstreckt sich über seinen Amtsgerichtsbezirk, soweit ihm derselbe zugewiesen ist; der Notar ist in Preußen für den Oberlandesgerichtsbezirk zuständig, in welchem er seinen Wohnsitz hat.

Die oben erwähnten anderen in Teilen Preußens zugelassenen Behörden können obligatorische Immobiliarverträge nur für die Grundstücke beurkunden, welche in ihrem Bezirk gelegen sind.

Zu erwähnen sind noch die Folgen mangelnder sachlicher und örtlicher Zuständigkeit.

---

[124]) PFGG. Art. 111, 112, 117, Oberneck S. 394.
[125]) PFGG. Art. 119, 122, 123, Oberneck S. 394, Tochtermann S. 48.
[126]) Oberneck S. 395.

Eine Regelung bezüglich falscher sachlicher Zuständigkeit ist in Preußen ebensowenig wie in den anderen Bundesstaaten erfolgt. Man wird also auch hier annehmen können, daß ein Vertrag, der durch eine sachlich nicht zuständige Behörde beurkundet ist, die Nichtigkeit des Vertrages bewirkt.

Bezüglich der mangelnden örtlichen Kompetenz erklärt § 7 RFGG., daß gerichtliche Handlungen nicht aus dem Grunde unwirksam sind, weil sie von einem örtlich nicht zuständigen Gericht oder einem Richter, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, vorgenommen sind. Diesen Grundsatz hat ein Teil der Bundesstaaten, darunter Preußen, noch besonders hervorgehoben[127]. Der Vertrag bleibt also gültig.

§ 13. Die Beurkundung.

Bezüglich der Beurkundung haben die einzelnen Bundesstaaten eingehende Ausführungsvorschriften erlassen. Preußen hat die Vorschriften des RFGG. für die Aufnahme rechtsgeschäftlicher Urkunden nur durch wenige Normen ergänzt.

In Art. 85 PFGG. hat es bestimmt, daß ein Notar, der in einer Sache, in welcher eine Urkunde aufgenommen wird, für einen Beteiligten als Prozeßbevollmächtigter tätig ist oder war, beim Widerspruch eines der Beteiligten nicht in dieser Sache tätig sein darf, und daß er den Widerspruchsgrund unverzüglich den Beteiligten mitteilen mußte. Diese Vorschrift ist jedoch nur eine Ordnungsvorschrift. Von Bedeutung kann sie werden beim Auseinandersetzungsverfahren und wenn jemand rechtskräftig verurteilt ist, die notarielle Beurkundung eines Vertrages vorzunehmen.

Zu bemerken ist noch, daß „Beteiligter" hier nicht in dem Sinne wie im RFGG. gebraucht ist, sondern daß hierunter nur der materiell an der Sache Beteiligte zu verstehen ist, nicht auch derjenige, der nur formell für einen andern eine Erklärung abgibt.

---

[127]) Art. 39 PFGG., Tochtermann S. 48.

Eine weitere von Preußen erlassene Ordnungsvorschrift ist die, daß der Richter oder Notar, welcher Wahrnehmungen gemacht hat, welche Zweifel darüber begründen, daß ein Beteiligter die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Einsicht nicht besitzt, oder daß an der Gültigkeit des Geschäfts Zweifel bestehen, von diesen Zweifeln den Beteiligten Mitteilung machen und deren Antwort darauf im Protokoll feststellen soll. Verstößt das Rechtsgeschäft gegen ein Strafgesetz, so hat er die Beurkundung abzulehnen (Art. 40 PFGG).

Schließlich ist noch gesagt, wie sich der Urkundsbeamte zu verhalten hat, wenn einer der Beteiligten taub ist und wenn er außerdem noch Geschriebenes nicht lesen kann (Art. 41 PFGG.). In diesem Falle sollen Vertrauenspersonen zugezogen werden, die auch aus den Beteiligten genommen werden können.

Kapitel IV.

Die Heilung des Formmangels.

§ 14. Voraussetzungen der Heilung.

In seinem Satz 2 bestimmt § 313 BGB: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.“ Hieraus folgt einmal, daß der ohne Einhaltung der vorgeschriebenen Form abgeschlossene Vertrag schlechthin nichtig ist, also weder einen Anspruch auf Nachholung der Form noch auf Mitwirkung begründet, daß nur der wegen Formmangel nichtige obligatorische Immobiliarvertrag geheilt werden kann, daß also der Vertragswille der Parteien zur Zeit der Auflassung derselbe sein muß wie zur Zeit des Vertragsschlusses. Ferner folgt daraus, daß die Heilung nur durch „die Auflassung und die Eintragung“, also nicht durch konkludente Handlungen, etwa durch Übergabe des Grundstücks erfolgt. Dieser Fall könnte bei der Schenkung

praktisch werden. Das Versprechen, ein Grundstück zu schenken, bedarf der notariellen Beurkundung. Immerhin aber bleibt der Vertrag doch ein Schenkungsvertrag und es finden auf ihn die für diesen festgesetzten Vorschriften Anwendung. Nach § 518 Abs. 2 BGB. wird der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt. Man könnte daraus folgern, daß durch die Übergabe des Grundstücks der Formmangel geheilt worden sei. Dies ist aber nicht der Fall. Ein formloser Grundstücksveräußerungsvertrag kann nur durch die Auflassung und die Eintragung geheilt werden.

Durch diese Bestimmung des § 313 Satz 2 BGB. wird allerdings „der legislative Zweck des § 313 Satz 1 BGB. durchbrochen, da nunmehr auch den formlosen Vereinbarungen durch ihre Erfüllung in Form der Auflassung und Eintragung Rechtsgültigkeit innewohnt"[128]). Man hat diese Bestimmung in Anlehnung an das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb an Grundstücken vom 5. Mai 1872 in das BGB. aufgenommen. In § 10 dieses Gesetzes war bestimmt: „Die Anfechtung ist auch auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, statthaft, jedoch wird die mangelnde Form dieses Geschäfts durch die Auflassung geheilt".

Das BGB. schließt sich also auch diesem gesetzgeberischen Vorgange an. Ein Unterschied gegen das frühere preußische Recht besteht aber insofern, als dieses die Wirkung der Heilung schon an die Auflassung allein anknüpfte, während jetzt der Vertrag erst durch die Auflassung und die Eintragung gültig wird

[128]) Oberneck S. 388. Bei der Beratung in der Reichstagskommission wurde der Antrag gestellt — Antrag 2 — den Satz 2 des § 313 überhaupt zu streichen, „weil der Zweck . . . ganz verloren gehe, wenn der mündliche oder privatschriftliche Vertrag mit aller ihnen anhaftenden Mangelhaftigkeit nachträglich durch die Auflassung und Eintragung gülitg werden soll. Der Absatz 2 vereitelte ferner auch die aus nationalökonomischen und sozialpolitischen Gründen mit der Vorschrift des Abs. 1 angestrebte Erschwerung der Grundstücksveräußerung" (Prot. S. 929). Diesen Bedenken gegenüber lehnte die Mehrheit aber doch den Antrag ab.

und bis dahin nicht besteht. Dies kam daher, daß das preußische Recht Auflassung und Eintragung als einheitlichen Rechtsakt ansah und von der Annahme ausging, daß die Eintragung der Auflassung unmittelbar folge. Zwar nahm man auch im preußischen Recht an, daß, wenn die Eintragung durch irgend etwas verhindert werde, z. B. durch Feindeseinbruch, durch die Auflassung allein der Vertrag geheilt werden könnte[129]. Das BGB. hat diesen preußischen Standpunkt schon aus dem Grunde verlassen, weil es in Art. 143 EGzBGB. selbst den Bundesstaaten das Recht vorbehalten hat, zu bestimmen, daß die Auflassung „außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann"[130].

Wenn die Auflassung und die Eintragung die Heilung eines formlos abgeschlossenen Grundstücksveräußerungsvertrages bewirken sollen, so ist dazu nötig:

1) daß die Auflassung an sich gültig ist. Die Verletzung einer bloßen Ordnungsvorschrift macht die Auflassung als solche nicht ungültig. Als Ordnungsvorschrift ist auch die etwa von einzelnen Staaten auf Grund des § 98 GBO. getroffene Bestimmung anzusehen, daß die Auflassung nur bei Vorlegung einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde entgegengenommen werden soll,

2) daß beide Akte dem Inhalte des obligatorischen Vertrages entsprechen.

Dazu ist Identität des Erwerbers und des Grundstücks, auf welches sich der obligatorische Vertrag bezog, erforderlich. Wird daher jemand anders — das persönliche Erscheinen der Parteien bei der Auflassung ist ja nicht notwendig, sie können ihre Bevollmächtigten schicken, ja sie können beide sogar einen und denselben Bevollmächtigten haben — z. B. der Bevollmächtigte als Eigentümer eingetragen, so werden die zwischen

---

[129]) Dernburg, Preuß. Privatr. I S. 504.

[130]) Von dieser Befugnis haben die Bundesstaaten auch ausgiebigen Gebrauch gemacht.

den Parteien getroffenen Vereinbarungen noch nicht gültig. Erst, wenn dieser wieder das Grundstück an seinen Vollmachtgeber aufläßt, wird nach dessen Eintragung der zwischen dem Veräußerer und dem Bevollmächtigten abgeschlossene formlose Grundstücksveräußerungsvertrag gültig.

Sehr oft kommt es nun vor, daß ein Grundstück, noch ehe die Auflassung und die Eintragung erfolgte, weiter veräußert wird; es befindet sich manchmal schon in der vierten, fünften Hand, wenn der Termin zur ersten Auflassung anberaumt wird. Um Kosten und Zeit zu sparen, wird dann das betreffende Grundstück unmittelbar vom ersten Verkäufer an den letzten Erwerber aufgelassen und dieser wird gleich eingetragen. Dadurch werden alle die zwischen den einzelnen Kontrahenten geschlossenen Verträge bezüglich des Formmangels gültig[131]). Es tritt aber der erste Veräußerer keineswegs in obligatorische Beziehung zum letzten Erwerber, sondern die entstehenden Rechtsverhältnisse regeln sich zwischen den einzelnen Veräußerern und Erwerbern nach Maßgabe der zwischen ihnen abgeschlossenen Verträge.

Hat der Erwerber eines Grundstücks die ihm aus dem Vertrage zustehenden Rechte einem Dritten abgetreten, so bleibt er gegenüber dem Veräußerer zur Erfüllung aus dem Vertrage verpflichtet; wird dann an den Dritten aufgelassen und dieser eingetragen, so gilt der Vertrag dem Erwerber gegenüber als erfüllt. Hat der Veräußerer seine Zustimmung zu der Abtretung der Rechte gegeben, so wird dadurch eine unmittelbare obligatorische Beziehung zwischen dem Veräußerer und dem Dritten hergestellt und durch die Auflassung an den Dritten und dessen Eintragung werden die zwischen den ursprünglichen Kontrahenten formlosen Vereinbarungen gültig[132]).

Eine weitere Voraussetzung der Heilung des Formmangels ist die Identität des Objekts der Auflassung und der Ein-

[131]) JW. 97 S. 99 Nr. 62, S. 298 Nr. 34, 95 S. 214 Nr. 62; RG. 16 S. 267, 31 S. 230; Gruch. 27 S. 1031, 40 S. 391, 41 S. 1017; Recht 07 S. 33, Oberneck S. 391. Turnau-Förster I S. 324.

[132]) Turnau-Förster I § 313 Anm. 7 a S. 324.

tragung, d. h. das Grundstück, über welches der Vertrag geschlossen und welches aufgelassen worden ist, muß dasselbe sein.

Wenn z. B. ein Bauerngut zu einem bestimmten Preise verkauft worden ist und es werden dann einzelne Teile, die ein besonderes Grundbuchblatt haben oder selbständige Grundbuchobjekte bilden, aufgelassen und der Käufer wird für diese Teile eingetragen, so bleibt doch immer noch der ganze Vertrag nichtig, da eine teilweise Heilung der Nichtigkeit unmöglich ist. Dies folgt aus § 139 BGB.; die teilweise Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts macht das ganze Rechtsgeschäft nichtig. Ebenso verhält es sich, wenn über zwei vollkommen getrennte Grundstücke nur ein Vertrag geschlossen ist, und das eine Grundstück wird aufgelassen und der Erwerber eingetragen, oder wenn bei einem Kaufvertrage nur der eine Teil dem anderen aufläßt und dieser dann eingetragen wird. Der Ersatz der Beurkundung durch Auflassung und Eintragung muß sich auf beide Grundstücke beziehen[133]). Die Teilauflassung ist ebenso unwirksam wie der ganze Vertrag. Der Käufer kann daher auch nicht die Auflassung der anderen Grundstücke beanspruchen, sondern nur die Rückgewähr seiner Gegenleistung. Desgleichen kann der Verkäufer nicht die Entgegennahme der weiteren Auflassungen, sondern nur die Rückauflassung des übertragenen Grundstücks verlangen[134]).

Zweifelhaft könnte folgender Fall werden. A. hat dem B. sein Grundstück in einer notariellen Urkunde verkauft und mündlich mit ihm vereinbart, daß B. nach der Auflassung die Parzelle 1 an den C. auflassen soll, welche diesem von A. in

---

[133]) Planck und Oertmann dagegen sind anderer Ansicht. Sie nehmen die Möglichkeit einer teilweisen Heilung bei teilweiser Auflassung an und zwar immer bezüglich der Grundstücksteile, die aufgelassen sind. „Da aber der Vertrag teilweise nichtig bleibt, kann das möglicherweise nach § 139 BGB. dazu führen, auch hinsichtlich des an sich gültig werdenden Teiles es bei der Nichtigkeit zu belassen" (Oertmann S. 170). Für den Tausch erforderten allerdings auch sie Auflassung beider Grundstücke.

[134]) Oberneck S. 390, Rspr. OLG. III S. 209, IV S. 237, III S. 93.

einem formlosen Vertrage veräußert war. Nach der Auflassung und Eintragung des B. weigert sich dieser die Parzelle an den C. aufzulassen. Kann C. die Auflassung erzwingen? Die Frage ist zu bejahen. Das Reichsgericht hat denselben Fall — allerdings noch unter der Herrschaft des pr. EEG. — bejaht. Jedoch auch nach BGB. muß man den Fall bejahen, weil von der Auflassung und Eintragung das ganze Grundstück sowie alle bei dem Vertrage vereinbarten Nebenabreden ergriffen werden[135]).

Im Anschluß an diesen Fall drängt sich hier die Frage auf, ob die Auflassungserklärung des einen Teils durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt werden kann. Dazu ist folgendes zu sagen. § 894 ZPO. bestimmt: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat." Da nun aber nach § 925 BGB. die Auflassungserklärung „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden" muß, so ist durch die rechtskräftige Verurteilung des Beklagten dem anderen Teile noch nicht gedient. Er muß sich also mit dem obsiegenden Urteil zum Grundbuchrichter begeben und dort seine Erklärungen abgeben. Geklagt werden kann auf Auflassung aber nur, wenn ein dem Formerfordernis des § 313 Satz 1 BGB. entsprechender Vertrag zugrunde liegt. Im Falle einer Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung werden von der Heilung der Auflassung und der Eintragung „nur formlose Vereinbarungen neben einem formgültigen Vertrage ergriffen"[136]). Um also auf obigen Fall zurückzukommen: Nach der Auflassung des Grundstücks an B. und dessen Eintragung ist die formlose Nebenabrede, daß B. die Parzelle 1 an C. auflassen soll, geheilt worden und C. kann auf Grund eines obsiegenden rechtskräftigen Urteils sich als Eigentümer dieser Parzelle eintragen lassen. Die Vereinbarungen, die nach Rechtskraft des Urteils formlos zwischen

---

[135]) Turnau-Förster I S. 323, Oberneck S. 391.
[136]) Turnau-Förster I S. 325, Baer S. 81.

den Parteien getroffen worden sind, werden von der heilenden Kraft der Auflassung und Eintragung mit ergriffen, „da sie auf freiwilliger Entschließung beruhen“.

Außer der Auflassung ist nun auch die Eintragung wesentliche Voraussetzung der Heilung. Wird also ein anderer als der Erwerber oder dieser auf einem anderen Grundstück als auf dem aufgelassenen eingetragen, so wird der Vertrag nicht gültig. Irrtümer in der Bezeichnung hindern dagegen „den Eintritt der Gültigkeit des Vertrages gemäß § 313 Satz 2 BGB. nicht“[137]).

Da die Eintragung ein rein äußerlicher Akt ist und erfolgen muß, wenn die Auflassungserklärungen abgegeben sind, so werden solche Vereinbarungen zwischen den Parteien, die nach der Auflassung, aber vor der Eintragung getroffen sind, durch letztere nicht geheilt und können von ihr nicht geheilt werden, weil sich die Eintragung „ohne Mitwirkung der Parteien vollzieht, aus ihr mithin Schlüsse auf die Willensrichtung der Parteien nicht gezogen werden können“[138]). Ebenso ist es für den Eigentumsübergang völlig belanglos, wenn zwischen Auflassung und Eintragung eine Partei stirbt oder geschäftsunfähig wird[139]).

Da im Gegensatz zum früheren Rechte das Bürgerliche Gesetzbuch zum Eigentumserwerb Auflassung und Eintragung vorschreibt, so ist dabei vorausgesetzt, daß alle Grundstücke schon ein Grundbuchblatt besitzen. Es sind daher hier noch zwei Fragen zu behandeln:

1. Auf welche Weise wird das Eigentum an einem Grundstücke erworben, welches kein Grundbuchblatt braucht?

2. Wie wird es erworben, wenn für ein veräußertes Grundstück das Grundbuch noch nicht angelegt ist?

Ad 1. Nach § 2 GBO. brauchen für Domänen und sonstige dem Staate gehörige Grundstücke sowie für Grundstücke der Kirchen, Klöster, Schulen und Gemeinden, für öffentliche

---

[137]) Turnau-Förster I. S. 324.

[138]) Turnau-Förster I S. 325, cf. auch Oberneck S. 388.

[139]) Turnau-Förster I S. 350.

Landwege und Eisenbahnen Grundbuchblätter nur auf Antrag oder wenn die Grundstücke belastet werden, angelegt werden. Ebenso kann nach § 90 GBO. durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, daß gewisse Grundstücke nur auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten und aus dem geführten Grundbuch ausscheiden können.

Es sind hier mehrere Fälle zu unterscheiden:

a. Das nichtbuchungspflichtige Grundstück wird zu einem anderen Grundstück hinzugekauft, welches buchungspflichtig ist oder an eine dem Buchzwang unterliegende Person veräußert. Dann wird für das gekaufte Grundstück ein neues Grundbuchblatt angelegt und nach der Übertragung auf das Grundbuchblatt des Stammgrundstückes wieder geschlossen, bezw. der neue Erwerber eingetragen.

b. Für den Fall, daß das Grundstück auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu werden braucht, wenn also lediglich der Eigentümer wechselt, bestimmt Art. 127 des EGzBGB.: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der GBO. auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu werden braucht." Gemäß Art. 3, 218 EGzBGB. und § 83 GBO. kann also die Landesgesetzgebung bestehende gesetzliche Bestimmungen ändern und neue erlassen. Preußen hat davon im Art. 27 AGzBGB. auch Gebrauch gemacht. Danach vollzieht sich der Eigentumsübergang ohne Eintragung nur auf Grund der Einigung, welche aber gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß. § 128 BGB. findet auch hier Anwendung. Eine Heilung des Formmangels gibt es hier nicht, da die Einigung nicht wie die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt abzugeben ist.

c. Schließlich ist noch der Fall des § 90 Abs. 2 GBO. zu erwähnen, nämlich, daß ein buchungspflichtiges und gebuchtes Grundstück an eine dem Buchungszwang nicht unterliegende

Person veräußert wird. Dieser Fall zerfällt wieder in zwei Unterfälle:

aa. Es wird nur ein Teil eines solchen Grundstücks oder eins von mehreren auf einem Grundbuchblatt stehenden Grundstücken veräußert. Hier genügt der Antrag des nicht dem Buchungszwang unterliegenden Erwerbers, um die Anlegung eines neuen Grundbuchblattes zu verhindern.

bb. Es wird das ganze Grundstück bezw. alle Grundstücke eines Grundbuchblattes veräußert. In diesem Falle geschieht der Eigentumsübergang durch Auflassung und Eintragung. Nach dieser kann das Grundbuchblatt auf Antrag geschlossen werden.

So verhält es sich, wenn das Grundstück unbelastet ist; wie nun, wenn es belastet ist? Unter dieser Voraussetzung treten keine Ausnahmevorschriften in Kraft, da für nicht buchungspflichtige Grundstücke ein Grundbuchblatt angelegt werden muß, sobald sie belastet werden. Der Eigentumserwerb ist dann an die Vorschriften der §§ 873, 927 BGB. gebunden.

Ad 2. Wie verhält es sich nun, wenn für ein veräußertes Grundstück das Grundbuch noch nicht angelegt ist? Genau genommen würde eine Heilung und damit ein Eigentumsübergang dann nicht eintreten können, da die Eintragung des neuen Eigentümers nicht erfolgen könnte. In diesem Falle wird man sich eben mit der Auflassung begnügen und die tatsächliche Übergabe der Eintragung gleichstellen müssen; und zwar folgt dies aus Art. 189 EGzBGB., in welchem bestimmt ist, daß der Erwerb . . . des Eigentums an einem Grundstücke nach den bisherigen Gesetzen erfolgen soll, „bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist". Für Preußen — die anderen Bundesstaaten interessieren hier nicht — käme also das EEG. vom 5. Mai 1872 in Betracht, wonach die Auflassung allein genügte[140]).

---

[140]) cf. Die interessante Entscheidung des RG. 64 S. 35, die der oben vertretenen Ansicht Recht gibt. Ferner OLG. I S. 95, Seuff. Arch. 56, Nr. 71, Recht 08 II Ziff. 472.

§ 15. Wirkung, Umfang und Zeitpunkt der Heilung.

Wie aus dem Wortlaute des § 313 Satz 2 BGB. hervorgeht, kann nur ein „ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag“ geheilt werden, die Heilung bezieht sich also nur auf den Mangel der Form, nicht dagegen auf sonstige Mängel. Wesentliche Voraussetzung ist daher, daß der Vertragswille der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses und der Auflassung noch derselbe ist; denn Willensmängel, erforderliche Zustimmung Dritter zu dem Vertrage usw. vermag die Auflassung und die Eintragung nicht zu heilen. „Ein an sich nichtiger Vertrag kann also dadurch nicht gültig werden[141].“

Ferner bestimmt Satz 2 des § 313 BGB., daß der Vertrag „seinem ganzen Inhalte nach“ gültig werden soll. Der Umfang der Heilung erstreckt sich also nicht auf den Formmangel allein, sondern alle „vor, bei oder nach dem gerichtlich oder notariell verbrieften Vertrage“[142]) von den Parteien ohne Beobachtung der Form des § 313 gegeneinander übernommene Verpflichtungen werden klagbar[143]). Auch alle die Verpflichtungen, welche die eine Partei als Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke übernommen hat und die an und für sich derselben Form bedürfen wie der Vertrag, dessen „integrierende“ Bestandteile sie bilden, werden klagbar. Wenn also die Parteien, um Kosten und Stempel zu sparen, einen niedrigeren Kaufpreis in dem formgerecht beurkundeten Vertrage angegeben, mündlich oder privatschriftlich aber einen höheren Preis vereinbart haben, so kann die Bezahlung des höheren Kaufpreises nach der Auflassung und Eintragung verlangt werden. Die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung bezieht sich also nur auf die obligatorischen Beziehungen der Parteien untereinander. Rechtsgeschäfte der einen Partei mit einem Dritten werden daher der Heilung nicht teilhaftig. Voraussetzung ist aber auch hierbei, daß der

---

141) Oberneck S. 388.
142) Oberneck S. 389.
143) Turnau-Förster I S. 321.

Vertragswille der Parteien zur Zeit der Auflassung und Eintragung noch derselbe wie zur Zeit des Abschlusses des formlosen Vertrages oder der formlosen Vereinbarungen neben dem formgerechten Vertrage ist. Das Reichsgericht[144]) hat hierzu folgenden Standpunkt eingenommen: „Die Nichtigkeit der formlosen Abrede nach § 313 BGB. bringt es mit sich, daß jede Partei von ihr jederzeit einseitig wieder abgehen kann. Ist dies geschehen, bevor die Auflassung stattgefunden hat, so versagt die Heilkraft der letzteren, die Abrede bleibt nichtig[145])." Diejenigen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, welche sich zwar nicht unmittelbar auf das Grundstück oder die zu gewährenden Gegenleistungen bezogen, aber doch Inhalt desselben Vertrages waren, werden auch von der heilenden Wirkung der Auflassung ergriffen, „wenn sie in den Rahmen des Grundstücksveräußerungsvertrages fallen"[146]). Wenn solche Vereinbarungen keiner besonderen Form bedürfen, so kann naturgemäß § 313 Satz 2 BGB. auch keine unmittelbare Anwendung darauf finden, da sie ja an keinem Formmangel leiden. Da sie aber wegen der Verbindung, in der sie zum Hauptvertrage stehen, nichtig sind, wenn dieser wegen Formmangels nichtig ist, so werden sie von jener Vorschrift insofern mitbetroffen, als sie gültig werden, wenn der Hauptvertrag durch Auflassung und Eintragung gültig wird.

Hiervon gibt es aber Ausnahmen. Durch Auflassung und Eintragung wird nicht das Erfordernis der Legitimationsurkunde ersetzt, welche im Zusammenhang mit der Grundstücksveräußerung zur Übertragung dinglicher Rechte erforderlich ist, z. B. die Übergabe des Restkaufgeldhypothekenbriefes.

Eine in dem obligatorischen Veräußerungsvertrag übernommene Vereinbarung zugunsten Dritter, z. B. der das Bauerngut verkaufende A. bedingt sich das Altenteil für seinen noch lebenden Vater aus, wird insofern gültig, als er nach

---

144) RG. 54 S. 109, 52 S. 44, JW. 01 S. 93 Nr. 39.

145) Oberneck S. 389.

146) Turnau-Förster I S. 322.

der Auflassung und Eintragung auf Erfüllung dieser Bedingung klagen kann.

Zu behandeln ist jetzt noch die Frage, von welchem Zeitpunkte an der Vertrag gültig ist. Die Ansichten in der Literatur sind auch geteilt, indem ein Teil[147]) eine Wirkung ex tunc, also zurückbezogen auf den Zeitpunkt des formlosen Vertragsabschlusses, ein anderer Teil[148]) eine Wirkung ex nunc annehmen. Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht[149]). Die Praxis nahm schon auf Grund des § 10 EEG. an, daß ein nichtiges Geschäft niemals rückwärts rechtswirksam gemacht werden könne, und daß die Verjährung von Rechten aus einem Vertrage, z. B. der Gewährleistungsanspruch gemäß § 477 BGB. nicht vor der Auflassung beginnen könne, wenn durch diesen der ganze Vertrag überhaupt erst rechtswirksam werde. Dieser Standpunkt wird auch für das BGB. anzunehmen sein und ich schließe mich daher demselben an und zwar deshalb, weil m. E. schon der Wortlaut des § 313 Satz 2 „wird gültig" dagegen spricht, daß die Eintragung den Mangel mit rückwirkender Kraft beseitigt. Hätte der Gesetzgeber eine Rückbeziehung der Heilung gewollt, so würde er dies ausdrücklich ausgesprochen haben, wie es im Falle des § 184 Abs. 1 BGB. — Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch einen Dritten — geschehen ist[150]).

§ 16. Rückblick und Ergebnis der Abhandlung.

Zum Schluß sei es mir verstattet, noch einmal den Inhalt der Arbeit kurz zusammen zu fassen.

Die Vorschrift des § 313 BGB. ist als Ausnahmevorschrift gegen übereilten Verkauf des Grundbesitzes erlassen worden. Sie bezieht sich auf alle Verträge, welche eine Grundstücksveräußerung zum Gegenstande haben, schließt also die übrigen

---

[147]) Planck, Schollmeyer, Behrend, Dernburg, Staudinger, Enneccerus-Lehmann und Reichel (Arch. f. ziv. Pr. 104 S. 18).

[148]) Oberneck, Turnau-Förster, Goldmann-Lilienthal, Tochtermann.

[149]) RG. bei Gruch 29 S. 388.

[150]) cf. RG. 75 S. 115.

Rechte an einem Grundstücke davon aus. Mit umfaßt werden dagegen die Nebenabreden und Bestimmungen. Der Mangel der Form hat die Nichtigkeit im Gefolge, welche aber durch die Auflassung und die Eintragung mit Wirkung ex nunc geheilt wird.

Hat der Gesetzgeber nun den Zweck, welchen er verfolgte, erreicht? Die Antwort lautet überraschenderweise: nein, mit Einschränkung[151]). Dies gilt namentlich bezüglich des Großgrundbesitzes und des bäuerlichen Zwergbesitzes, welcher nach Berechnungen des Königlich preußischen statistischen Landesamts im Staatsdurchschnitt nicht länger wie 12 Jahre in einer Hand behalten wird, wobei sich das Verhältnis der ererbten zu den gekauften Gütern wie 1 : 2 stellt. Dagegen kann man mit Befriedigung feststellen, daß bei dem eigentlichen Bauernstande mehr Grundbesitzer vererbt als verkauft wird.

Bezüglich dieser Grundstücke hat also der Gesetzgeber seinen Zweck erreicht; in bezug auf den Großgrund- und den Zwergebesitz jedoch nicht.

---

[151]) Bei der folgenden Betrachtung schließe ich städtische Grundstücke aus.

Anhang.

Die Anwendung der Formvorschrift des § 313 BGB. im internationalen Privatrecht.

Aus dem Wortlaut des § 313 BGB. geht zunächst hervor, daß es sich bei Anwendung der Vorschrift um in Deutschland gelegene Grundstücke handeln muß. Es bedarf weiter keiner Erörterung, daß die Gesetzgebung doch bloß den Schutz der deutschen Grundstücksbesitzer mit der Einführung dieser Vorschrift bezweckte und die zum Teil völlig verschieden gearteten Verhältnisse des Auslandes gänzlich außer Betracht ließ. Zwei Deutsche, die also einen Kaufvertrag über ein in der Schweiz gelegenes Grundstück abschließen, haben sich dabei nach den dort dafür geltenden Regeln zu richten, auch wenn beide in Deutschland wohnen[152]). Dagegen findet die Formvorschrift Anwendung, wenn sie beide miteinander vereinbart haben, daß der Vertrag nach deutschem Rechte zu beurteilen sein soll[153]).

Wie steht es nun mit der Anwendung der Formvorschrift in den deutschen Schutzgebieten, die völkerrechtlich als Inland, staatsrechtlich als Ausland gelten?

Durch § 3 des SchGG. vom 10. September 1900 sind in den Schutzgebieten die dem bürgerlichen Recht angehörenden Vorschriften der Reichsgesetze eingeführt[154]). Von dem Vorbehalt, die Rechte an Grundstücken durch kaiserliche Verordnung abweichend zu regeln (§ 21 KGG. und § 3 SchGG.) hat die am 21. November 1902 ergangene kaiserliche Verordnung nur beschränkten Gebrauch gemacht und grundsätzlich die reichsgesetzlichen Vorschriften für anwendbar erklärt. Nach § 18

[152]) cf. Art. 11 EGzBGB.

[153]) cf. Die Entscheidung in Rspr. der OLG. 16 S. 362.

[154]) § 19 KGG.

dieser Verordnung findet die Formvorschrift für solche Grundstücke keine Anwendung, für welche noch kein Grundbuchblatt angelegt ist. Hier genügt zur Übertragung des Eigentums Einigung des Veräußerers und des Erwerbers, welche aber auch das Minimum zum Eigentumsübergange bildet, also Erfordernis ist. Als Form ist die Beglaubigung durch eine öffentliche Behörde des Schutzgebiets vorgeschrieben. Eine Eintragung seines Eigentums in ein vor dem zuständigen Grundbuchamte zu führendes Landesregister steht dem Eigentümer frei. In § 3 ist die Erleichterung geschaffen, daß es bei der Auflassung nicht der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile bedarf, und daß diese ihre Erklärungen nicht mündlich vor dem Grundbuchamte abzugeben brauchen.

Das Reichsgericht (73 S. 274) hat in einer Entscheidung angenommen, daß mit diesen Vorschriften „nur der dingliche, die Eigentumsübertragung bezweckende Vertrag" abweichend geregelt ist, und daß für das obligatorische Grundgeschäft auch in den Schutzgebieten § 313 zur Anwendung kommt. Daraus folgt dann logischerweise, — und das nimmt das Reichsgericht auch an — daß ein nicht formgerecht geschlossener Vertrag durch die Einigung bezw. Auflassung geheilt werde.

Lebenslauf.

Ich, Hans Kuthe, bin am 26. August 1885 als Sohn des Generaldirektors Dr. phil. Eugen Kuthe und seiner Ehefrau Helene, geb. Maute zu Rastenburg in Ostpreußen geboren und evangelischer Konfession. Ich bin preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte die Vorschule zu Löwen, das Gymnasium zu Brieg, das Realgymnasium zum Zwinger in Breslau und das Kgl. Kaiser Wilhelms-Realgymnasium zu Berlin, welches ich Michaelis 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte darauf Rechtswissenschaft und Nationalökonomie an den Universitäten München, Lausanne, Berlin und Breslau. Ich hörte Vorlesungen bei den Professoren: Brie, Brunner, Dahn, Fischer, Gareis, Gierke, Goldschmidt, Gretener, v. Halle, v. Heigel, Heilborn, Hellmann, Imelmann, Klingmüller, Kohler, Kübler, Kuhlenbeck, Neubecker, Preuß, Rießer, Schmitt, v. Schmoller, Seckel, van Vleuten, Wolf, Wolff. Im Dezember 1909 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Prüfung und wurde am 4. Januar 1910 als Referendar vereidigt.

Vom 1. Oktober 1910 bis 30. September 1911 genügte ich meiner Militärpflicht beim 2. Schles. Feldartillerieregiment Nr. 42 in Schweidnitz.

Ich möchte nicht verfehlen, auch an dieser Stelle nochmals Herrn Professor Dr. Schott meinen ergebensten Dank für die mir in so liebenswürdiger Weise gewährte Unterstützung bei der Anfertigung der Arbeit auszusprechen.

Literatur-Verzeichnis.

Achilles Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preuß. Ausführungsbestimmungen.
Archiv f. zivilistische Praxis.
Baer, Auflassung auf Grund eines Kaufvertrages. Erlanger Diss. 07.
Becher, Ausführungsgesetze zum BGB.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Crome, System des deutschen Rechts.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB.
Damaschke, Bodenreform.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens.
— Das preußische Privatrecht.
Deutsche Juristenzeitung.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch.
Goldmann-Lilienthal, Das BGB. systematisch dargestellt.
Grabow, Tragweite des § 313 Satz 2 BGB. Greifswalder Diss. 09.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, Tübinger Diss. 04.
Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsgeschäfte.
Hachenburg, Handelsgesetzbuch.
Iherings Jahrbücher.
Islar, Die Formvorschrift des § 313. Leipz. Diss. 08.
Klein, Anwendungsgebiet des § 313. Heidelberger Diss. 09.
Kracht, Tragweite des § 313 BGB., Rostocker Diss. 02.
Kuhlenbeck, Handkommentar des BGB.
Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch.
Lewandowski, Unterfällt der Vorkaufsvertrag dem § 313 BGB.? Erlang. Diss. 09.
Maenner, Das Recht des Grundstücks nach dem BGB. und der GBO.
Makower, Handelsgesetzbuch.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Niedner, Kommentar zum Einführungsgesetz.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht.
Oertmann, Schuldverhältnisse.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Recht und Wirtschaft (Zeitschrift).
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen.
Renoldi, Der obligatorische Vertrag bei Veräußerung von Grundstücken. Leipz. Diss. 07.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Schollmayer, Schuldverhältnisse.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche.
Staub, Handelsgesetzbuch.
Staudinger, Kommentar zum BGB.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts.
Stranz-Gerhard, Das preußische Ausführungsgesetz zum BGB.
Tochtermann, § 313 BGB. Rostocker Diss. 02.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht.
Verhandlungen des deutschen Juristentages.
Voigt, Bedeutung des gesetzlichen Formzwanges. Erlang. Diss. 08.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.